

JOSEANE CATUSSO

A BOA-FÉ COMO INSTRUMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

CURITIBA

2008

JOSEANE CATUSSO

A BOA-FÉ COMO INSTRUMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSEANE CATUSSO

A BOA-FÉ COMO INSTRUMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Prof. Dr. Francisco Amaral

Curitiba, 19 de maio de 2008.

AGRADECIMENTOS

Agradecer a todos que contribuíram para a elaboração dessa dissertação não é tarefa simples, talvez dificultada mais pela decisão sobre as omissões do que acerca das referências. São muitos os que perpassam as entrelinhas desse trabalho, de modo que, para além de agradecimentos meramente formais, refere-se aqui a sentimentos, pinçados ao longo do período dedicado a esse trabalho, relacionados a bons encontros, conversas e orientações que o tornaram possível. Nesse sentido, agradeço:

Aos meus pais, Gilberto e Salete, pela confiança inafastável, orientações preciosas e apoio incondicional. Ao Diogo, pela prontidão para auxiliar, sempre que necessário. Ao Christiaan, pela paciência e compreensão ao longo do trabalho.

Agradecimento especial é dirigido ao Professor Paulo Nalin, pelo incentivo, dedicação e segura orientação; pelas inúmeras conversas, sempre esclarecedoras e úteis à elaboração deste trabalho.

Minha gratidão ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, por proporcionar um ambiente de estudo agradável e profícuo, bem como aos vários colegas e amigos conhecidos nas dependências dessa Faculdade, desde a graduação.

Aos Professores da Universidade Federal do Paraná, meu afeto pelas valorosas lições e ricos encontros acadêmicos, pelo incentivo e aprendizado constante e sistemático que obtive em diversas disciplinas.

Meu reconhecimento, também, à CAPES, que possibilitou o desenvolvimento das pesquisas com a bolsa concedida.

RESUMO

Seguindo a metodologia da leitura das disposições do Código Civil à luz da Constituição, a intenção do trabalho é relacionar algumas das mais relevantes inovações que a teoria contratual vem experimentando mediante a inserção dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos. O trabalho parte, assim, de uma análise sumária do modelo clássico de contrato e sua principiologia informadora, procurando evidenciar as principais transformações sociais e jurídicas que conduziram à sua releitura, bem como os parâmetros para a compreensão contemporânea do referido instituto jurídico. Considerando a relativa novidade e a relevância da boa-fé e da função social na teoria contratual civilista, apresenta-se uma análise centrada nesses dois princípios, com explicitação do sentido e alcance que vem sendo oferecido pela doutrina, bem como as conseqüências daí emergentes. Destarte, a boa-fé, analisada sobretudo no seu aspecto objetivo, é considerada elemento atuante no plano interno do contrato, introduzindo elementos éticos na relação mantida entre as partes a partir da imposição de manutenção de condutas escorreitas durante todo o desenrolar da relação contratual. A função social dos contratos, por sua vez, aparece relacionada à inserção do contrato na sociedade e os reflexos decorrentes. Embora inexista consenso sobre o tema, percebendo-se a tendência doutrinária em adotar a tese da bipartição da função social, explicita-se que esta possui dois âmbitos de incidência nos contratos: um interno, relacionado ao vínculo mantido entre os contraentes, e um externo, ligado à idéia de que o contrato pode gerar efeitos que refletem na sociedade, bem como receber influxos do meio. Em uma leitura conjunta, cogita-se da existência de uma relação de instrumentalidade entre boa-fé e função social dos contratos, no que concerne ao aspecto interno desta. Ademais, suscita-se a questão da interação desses princípios com o tripé principiológico clássico, reconhecendo-se que não há subsidiariedade entre os princípios, de modo que necessária a convivência a despeito da possibilidade de eventual tensão entre a liberdade individual e os mandamentos emergentes da boa-fé e da função social. Parte-se, pois, do entendimento de que boa-fé e função social dos contratos não são apresentadas no sentido de dominar a teoria contratual contemporânea, excluindo a autonomia privada, a intangibilidade dos pactos e a relatividade dos efeitos dos contratos; ao contrário, ressalta-se que a complexidade da atual teoria contratual é identificada, também, na coordenação que deve ser alcançada entre os princípios. Outrossim, anota-se que essa releitura dos princípios contratuais, com inserção da boa-fé e da função social, não se contrapõe ao sistema capitalista, pois, a partir de uma compreensão fundada na Constituição, percebe-se que ao mesmo tempo em que a Carta adota o sistema capitalista, legitimando a apropriação privada de bens e o lucro, funcionaliza a livre iniciativa ao atendimento da justiça social e apresenta a solidariedade como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Por fim, anota-se que a inserção dos princípios contemporâneos, ao lado da releitura da principiologia clássica do contrato, é apta para explicitar o atual sentido econômico-social que decorre de uma leitura do contrato pautada nos dispositivos constitucionais.

Palavras-chave: contrato, princípios, boa-fé, função social.

ABSTRACT

Following the methodology of the interpretation of the Civil Code in the light of the Constitution, the goal of the present work is to describe some of the most relevant innovations that the contractual theory is being subject to, through the insertion of the principles of good faith and the social function of the contracts. The work starts, consequently, from a summarized analysis of the classic contractual model and its informing principiology, trying to assert the most relevant social and juridical changes that led to its rereading, and also the parameters to the contemporary understanding of the cited juridical institute. Considering the relative newness and relevance of the good faith and social function in the civil contractual theory, an analysis focusing on both principles is presented, with the elucidation of the meaning and reach which are being presented by the doctrinal work, as well as the consequences emerging from it. In this way, the good faith, analyzed primordially in its objective aspect, is considered a working element in the internal expression of the contract, introducing ethical elements in the connection between the contracting parties which will enforce the continuous truthful conduct during the extension of the contract. The social function of the contract, in the other hand, appears related to the inclusion of the contract in society and its consequent effects. Even if there is no consensus on the subject, realizing the tendency of the doctrinal work in adopting the social function bipartition thesis, it is elucidated that it has two incidence circles: an internal one, related to the bond established between the contracting parties, and an external one, related to the idea that the contract can generate effects that reflect on society, not to mention the incidence of influxes from the ambient. In a joint reading, it is pondered the existence of an instrumental relation between good faith and the social function of the contracts in what concerns the internal aspect of the latter. Furthermore, it is proposed the question of the interaction of these principles with the classic principiology tripod, recognizing the absence of subsidiary status between the principles, in a way that a coexistence is necessary in spite of the possibility of eventual tensions between individual freedom and the emerging requirements of good faith and social function. The starting point, alas, is the understanding that the good faith and social function of the contracts are not presented in a sense that would dominate the contemporary contractual theory, excluding the liberty of contract, intangibility of the pacts and relativity of the effects of the contracts; on the contrary, it is brought to attention that the complexity of the contractual theory of today is identified, also, in the coordination between principles that must be achieved. Moreover, it is stated that this rereading of the contractual principles, with the insertion of the good faith and social function, does not contrast with the capitalist system, since, from an understanding grounded on the Constitution, it is noticed that at the same time that it adopts the capitalist system, giving legitimacy to the private ownership of goods and profit, it functionalizes the free initiative to the fulfillment of social justice and presents solidarity as one of the objectives of the República Federativa do Brasil. Lastly, it is stated that the inception of the contemporary principles, side by side with the rereading of the classic contractual principiology, is suitable to explicit the actual social-economic sense that is originated from a reading of the contract based on the constitutional principles.

Keywords: contract, principles, good faith, social function.

LISTA DE ABREVIATURAS

AI	- Agravo de Instrumento
Ampl.	- Ampliada
Art.	- Artigo
Arts.	- Artigos
Atual.	- Atualizada
Aum.	- Aumentada
BGB	- <i>Bürgerliche Gesetzbuch</i>
CC	- Câmara Cível
CCB	- Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02)
CDC	- Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)
CF	- Constituição Federal
Coord.	- Coordenador
CR	- Constituição da República
Des.	- Desembargador
ed.	- Edição
inc.	- Inciso
j.	- Julgado
LICC	- Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/1942)
Min.	- Ministro(a)
n.	- Número
NCC	- Novo Código Civil (de 2002)
org.	- Organizador
p.	- Página
par.	- Parágrafo
PL	- Projeto de Lei
Rel.	- Relator
REsp	- Recurso Especial
rev.	- Revista
ss.	- Seguintes
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
T.	- Turma
TJ	- Tribunal de Justiça
Trad.	- Tradução
V.	- Volume

SUMÁRIO

RESUMO	v
ABSTRACT.....	vi
LISTA DE ABREVIATURAS.....	vii
INTRODUÇÃO.....	1
 I - CRISE E REFORMULAÇÃO DO CONTRATO: O DESENHO MODERNO DO CONTRATO E AS DIRETRIZES DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA	9
1.1. O SISTEMA CONTRATUAL LIBERAL	11
1.1.1. O Estado Liberal e a Liberdade Contratual	14
1.1.2. O Moderno Processo Codificatório: simplificação e sistematização do Direito	18
1.1.3. A Principiologia Informadora do Contrato Moderno: o dogma da autonomia da vontade e seus reflexos	24
1.2. A CRISE DA TEORIA CLÁSSICA DO CONTRATO	31
1.2.1. O Advento do Estado Social: outro modo de relacionamento entre público e privado .	38
1.2.2. O Intervencionismo Estatal	43
1.2.3. O Dirigismo Contratual.....	45
1.3. O CONTRATO NAS CONDIFICAÇÕES CIVIS BRASILEIRAS: O Código Civil de 1916 e o de 2002.....	51
 II - PREMISSA METODOLÓGICA: A LEITURA DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO.....	57
2.1. DA CODIFICAÇÃO TOTALIZANTE À FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO CIVIL....	60
2.2. A DESCODIFICAÇÃO DO DIEITO CIVIL.....	68
2.3. A NATUREZA NORMATIVA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS INTERPRIVADAS.....	72
2.4. A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO X PRIVADO	81
2.5. O SENTIDO CONTEMPORÂNEO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	86

2.6. A SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA PATRIMONIALISTA CLÁSSICA DO DIREITO CIVIL E A ATUAL TENDÊNCIA À DESPATRIMONIALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO	91
2.7. ALGUNS REFLEXOS NOS INSTITUTOS CLÁSSICOS DO DIREITO CIVIL.....	95
 III - A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE CONTRATO.....	98
3.1. O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE CONTRATO	99
3.2. A SOCIALIZAÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL.....	104
3.3. OS PRINCÍPIOS E AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL	111
3.4. A PRINCIPIOLOGIA INFORMADORA DO CONTRATO CONTEMPORÂNEO ...	121
3.4.1. A Autonomia Privada.....	124
3.4.2. Força Obrigatória dos Contratos.....	132
3.4.3. Relatividade dos Efeitos Contratuais	135
2.5. O CONTRATO COMO PONTO DE ENCONTRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	138
 IV - A BOA-FÉ CONTRATUAL	144
4.1. A BOA-FÉ NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	150
4.2. A AMBIVALÊNCIA DA BOA-FÉ: as vertentes subjetiva e objetiva.....	154
4.2.1. A Boa-fé Subjetiva.....	157
4.2.2. A Boa-fé Objetiva	159
4.3. APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	163
4.4. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA	169
4.5. FUNÇÕES DA BOA-FÉ CONTRATUAL	176
4.5.1. Funções Interpretativa e Integrativa da Boa-fé.....	177
4.5.2. A Boa-fé como Fonte de Deveres de Conduta	181
4.5.3. A Boa-fé como Limitação do Exercício de Direitos Subjetivos.....	187
4.6. CONSEQÜÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ	193
4.7. A OPERATIVIDADE DA BOA-FÉ CONTRATUAL E OS PRINCÍPIOS DELA DECORRENTES	202
 V - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	208
5.1. ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS	211
5.2. A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DOS INSTITUTOS JURÍDICOS	217

5.2.1. A Função Social da Propriedade.....	223
5.3. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	228
5.3.1. A Função Social do Contrato como Limite e Razão da Liberdade Contratual	235
5.4. ABIPARTIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: função social interna e externa.....	238
5.4.1. O Perfil Externo da Função Social do Contrato	240
5.4.1.1. Releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais a partir da função social do contrato.....	242
5.4.1.2. A tutela externa do crédito.....	254
5.4.1.3. Redes contratuais	257
5.4.1.4. Eficácia do contrato em relação a terceiros não determinados.....	260
5.4.2. O Perfil Interno da Função Social do Contrato	261
5.5. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	265
5.6. CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	270
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	278
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	287

INTRODUÇÃO

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades;
como supor que também o Direito não mudasse?¹

A idéia de que o Direito das Obrigações seria o ramo do Direito Civil mais refratário às alterações, tendo em vista a constatação da sua resistência, ao longo dos tempos, em adaptar-se às novas demandas sociais², não deve servir para se pretender oferecer-lhe uma estabilidade milenar. Do mesmo modo, a concepção de que os institutos jurídicos são construções abstratas, que mantêm seu sentido inalterado mesmo quando desaparecidos os contextos de sua formulação original, não pode mais ser aceita, impondo-se, ao contrário, o reconhecimento do relativismo histórico dos institutos jurídicos.

Por conseguinte, resgatar as experiências históricas é importante na medida em que a análise dos institutos jurídicos de acordo com o contexto no qual se inseriam evidencia que, em vista das condições sociais contemporâneas, alguns fatores devem ser repensados³. É nesse sentido que se busca expor um apanhado das principais mudanças experimentadas pelo contrato, analisando o tema a partir da base principiológica que o informa, com o que se delimita o campo de abrangência deste trabalho. Constata-se, assim, que o modelo contratual clássico, de matriz liberal, assentado na autonomia privada, obrigatoriedade dos pactos e relatividade dos efeitos dos contratos não mais é capaz de, por si só, explicar os contornos atuais do contrato. Ao lado de preocupações com a liberdade contratual e a salvaguarda dos interesses manifestados pelas partes, acrescentam-se preocupações de cunho social. Solidariedade, fins sociais, proteção do meio ambiente, justiça e equilíbrio contratuais são algumas das idéias que permeiam o contrato contemporâneo, impondo o seu repensar.

Imprescindível considerar que, no cenário jurídico brasileiro, o conjunto de modificações experimentadas pelo Direito Civil, emergente como consequência da miríade de transformações sociais ocorridas sobretudo ao longo do último século, foi especialmente

¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 08.

² GOMES, Orlando. O sentido das transformações. In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 06.

³ Seguindo a advertência de BODIN DE MORAES, cumpre anotar que a compreensão do relativismo histórico não significa arqueologia jurídica, não sendo suficiente retomar um modelo já passado com discussões sobre as semelhanças ou propostas de continuidade em um contexto social muito diferente. Cada instituto jurídico deve ser compreendido conforme seu contexto histórico e social, “partindo da premissa de que as soluções jurídicas são sempre contingentes a determinados contextos sociais” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Apresentação*. p. V. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

impulsionado pelo advento da Constituição da República de 1988, que oferece uma nova axiologia orientadora de todo o tecido normativo infraconstitucional. Com efeito, a Carta apresenta uma matriz principiológica pautada na dignidade humana e solidariedade social, o que, refletindo no Direito Civil impõe o repensar de seus principais institutos. O contrato, com a feição individualista desenhada no Oitocentos, certamente não queda imune diante dessa nova ordem de valores e deve ser reformulado para se adaptar às demandas contemporâneas.

Não se pode ignorar, nesse contexto, o grande sucesso da teoria contratual clássica ao longo dos tempos. O contrato centrado na autonomia da vontade das partes, foi, com efeito, uma construção de grande prestígio que, embora formulada há muitos anos, ainda exerce consideráveis influências sobre os juristas⁴. Destarte, não há como deixar de retomar seus aspectos nucleares e expor as principais motivações que impõem seu repensar. Nessa linha, anota-se que o modelo contratual tradicional começou a mostrar sinais efetivos de debilidade a partir de um conjunto de modificações sociais e do advento do Estado Social que, com sua política de maior intervencionismo em atenção à promoção de fins sociais, limitou a liberdade dos particulares.

Certamente que o contrato, amplamente assentado no dogma da vontade, transformou-se com essa mudança estrutural, principalmente a partir do momento em que se passou a exigir que também este instituto jurídico estivesse de acordo com os objetivos de melhoria social e promoção da dignidade humana. No Brasil, é possível perceber que embora o Código Civil de 1916 apresentasse o contrato com viés nitidamente individualista, a doutrina civilista de vanguarda já procurava ressaltar a necessidade de se reler o instituto, considerando as mudanças ocorridas na sociedade. É, porém, apenas com a Carta de 1988 e a renovação do tecido axiológico que informa o ordenamento jurídico brasileiro, que se teve o grande mote para a reformulação do contrato.

Surgem, assim, em uma leitura constitucionalizada do contrato, ao lado do tripé principiológico clássico, outros princípios que contribuem para a caracterização do contrato contemporâneo. Embora a boa-fé e a função social do contrato encontrem previsão expressa na legislação brasileira somente com o advento do Código Civil de 2002, não se pode olvidar que mesmo antes estavam presentes na teoria contratual civilista brasileira, pois decorrentes de

⁴ Com relação à importância da doutrina tradicional do contrato, constata NEGREIROS que “o apego ao significado clássico do princípio da autonomia privada, expressão da liberdade e da força jurígena do querer individual, explica o fato de que as teorias contemporâneas – e aqui se tem em mira, particularmente, as teorias contratuais – sejam em geral referidas como “novas”, como se não fosse realmente possível que não o fossem (assim novas) pelo simples e inevitável fato de que novos são os tempos e os homens a que se destinam” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 5 – 6).

normas constitucionais. Nesse sentido, entende-se que a boa-fé encontra assento constitucional na cláusula de solidariedade, inscrita no artigo 3º, inciso I, da Carta, enquanto que a função social dos contratos decorre de uma leitura conjunta do referido dispositivo com o artigo 170, *caput*. A despeito da fonte constitucional, entretanto, percebe-se que boa-fé e função social dos contratos somente passaram a receber a devida atenção da doutrina após a promulgação do atual Código Civil.

Assim, a boa-fé, na seara contratual, aparece valorizada principalmente no seu aspecto objetivo, inserindo elementos éticos no contrato a partir de mandamentos de adoção de condutas escorreitas pelas partes durante todo o desenrolar das relações contratuais. Atuando como parâmetro de orientação do comportamento dos contraentes, objetiva a manutenção de posturas pautadas pela lealdade e cooperação, com vistas ao adequado processamento da relação e à satisfação dos interesses envolvidos na relação jurídica contratual. Contando com desenvolvimento doutrinário convergente, em suas linhas gerais, costuma-se observar a indicação de três principais funções exercidas pela boa-fé objetiva no âmbito dos contratos, quais sejam, (i) parâmetro para interpretação e integração dos contratos; (ii) criação de deveres laterais de conduta; (iii) limitação do exercício de direitos subjetivos. Atua, portanto, a boa-fé, sobre o próprio conteúdo do contrato, tanto no que concerne ao auxílio oferecido às tarefas de interpretação e integração do contrato, como na fixação do conjunto de direitos e deveres integrantes do pacto. Ainda, procurando resguardar o fim contratual e os direitos das partes envolvidas na relação, limita-se, com base na boa-fé, o exercício abusivo de direitos ou posições contratuais, promovendo-se, ao mesmo tempo, o equilíbrio contratual.

Avulta, nesse contexto, a ação da boa-fé no plano interno do contrato, pois incide sobre o vínculo existente entre as partes contratantes, uma em relação à outra, auxiliando na determinação do conteúdo do contrato e no direcionamento da conduta das partes, com vistas à manutenção da lisura no ambiente contratual e preservação da confiança que devem existir entre as partes contratantes, o que, refletindo no meio, acaba por fomentar as relações contratuais no mercado, ao mesmo tempo em que os interesses gerais das partes são protegidos.

A seu turno, a função social dos contratos - cujo estudo foi impulsionado sobretudo com a promulgação do Código Civil de 2002 - conta com menor desenvolvimento doutrinário, sendo ainda incipientes e imprecisas suas bases conceituais⁵. Aparece relacionada com a consideração da inserção do contrato na sociedade e os reflexos decorrentes, constatando-se que, ao lado de preocupações com a função econômica do contrato, acrescentam-se

⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação civil-constitucional*. 1. ed. 4.tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 218.

questionamentos acerca de sua função social. Atualmente, é prevista expressamente no artigo 421 do Código Civil brasileiro como razão e limite da liberdade contratual, condicionando, assim, a liberdade de iniciativa aos ditames da justiça social, de modo a contribuir para a apresentação, em âmbito normativo ordinário, do contrato constitucionalizado.

Entende-se que, apresentando-se a função social como razão e limite da liberdade contratual, não se esgota em um sentido negativo de imposição de limites ou exigências de meras abstenções pelos contraentes; possui, ao lado desse primeiro importante aspecto, um viés positivo segundo o qual o contrato serve também de meio para consecução dos objetivos assumidos pela ordem jurídica vigente, considerados, especialmente, a partir de uma leitura centrada na Constituição.

Embora inexista consenso quanto ao tema, percebe-se uma tendência doutrinária em, considerando que existem no contrato interesses de ordem coletiva e individual, explicitar que a função social possui dois âmbitos de incidência no contrato: um interno e outro externo. Este, mais desenvolvido, aparece relacionado à idéia de que o contrato é uma relação jurídica que não interessa apenas às partes contratantes, mas, ao mesmo tempo, é influenciado pelas condicionantes do meio e gera efeitos que refletem na sociedade. A principal consequência desse viés externo é uma proposta de releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, harmonizando-o com as notas sociais que informam o contrato hodierno. Já no âmbito interno, a função social do contrato informa as relações existentes entre as partes contratantes, com mandamentos de manutenção de condutas corretas e de equilíbrio contratual, reconhecendo-se que também da relação interna podem surgir efeitos sociais.

Percebe-se, pois, que o aspecto interno da função social dos contratos, consoante exposto pela doutrina majoritária, aparece relacionado à conduta das partes no âmbito interno da relação jurídica contratual, o que é objeto, também, da boa-fé. Nesse sentido, entende-se que existe, em verdade, uma relação de instrumentalidade entre boa-fé e função social dos contratos: a função social aparece, no cenário jurídico brasileiro, como uma cláusula de amplas dimensões, comportando um aspecto interno e um externo, sendo que a boa-fé é instrumento para concretização do aspecto interno da função social dos contratos.

Feitas essas considerações iniciais, frisa-se que o trabalho está centrado na análise das mudanças experimentadas pelo contrato, no âmbito do Direito Civil, a partir da inserção da boa-fé e da função social na sua base principiológica. Delimita-se, pois, o estudo na análise das transformações de maior expressão sofridas pelo contrato sob o ponto de vista dos princípios. Considerando-se que a nova concepção de contrato pode ser entendida como uma concepção

social do instituto⁶, bem como a relativa novidade decorrente da expressa previsão da boa-fé e da função social dos contratos no Código Civil de 2002, oferece-se destaque a estes princípios e suas consequências na teoria contratual contemporânea. Outrossim, embora não se desconheça a previsão (especialmente) da boa-fé na Lei 8.078/90 e o impulso proporcionado pelo Código de Defesa do Consumidor na releitura do contrato pela doutrina brasileira, o trabalho está centrado no estudo do contrato no Direito Civil. Do mesmo modo, não se ignora a possibilidade de se cogitar os efeitos da incidência da boa-fé e da função social no Direito Público ou mesmo em outras searas do Direito Civil, como, por exemplo, nos Direitos Reais. Contudo, embora se posicionando no sentido de compreensão da inexistência de ramos estanques no Direito, ou mesmo de inviabilidade de manutenção da dicotomia entre Direito Público e Privado, entendendo-se que todo o tecido normativo infraconstitucional deve amoldar-se aos ditames da Carta, busca-se explicitar, ao longo do trabalho, os efeitos da inserção da boa-fé e da função social em um contexto específico, que é o dos contratos regulados pelo Código Civil.

O trabalho parte, assim, de uma análise sumária do modelo clássico de contrato e sua base orientadora, procurando passar pelas principais transformações sociais e jurídicas que conduziram à sua reformulação. Evidencia-se, assim, que, somados às transformações sociais e econômicas acontecidas após a Primeira Guerra, o advento do Estado Social e o maior intervencionismo estatal nas relações interprivadas impulsionaram o repensar do contrato. Começam a surgir, nessa linha, limitações à autonomia privada em função da consideração do interesse social envolvido nos pactos, sendo que o contrato experimenta mudanças na medida em que seu desenho clássico mostra-se “incompatível com uma função que ultrapassa a autonomia e o interesse dos indivíduos contratantes”⁷.

Por conseguinte, a tríplice base principiológica tradicional – autonomia privada, obrigatoriedade dos pactos e relatividade dos seus efeitos - não pode continuar sendo utilizada como se seu conteúdo houvesse se mantido imutável, como se conservadas as condições sociais existentes quando de sua formulação. Ao lado desses clássicos princípios são previstos outros – boa-fé e função social – que devem ser com aqueles combinados.

Concomitantemente à mudança na perspectiva principiológica, que serve de base para a compreensão do instituto jurídico do contrato, há uma verdadeira reconceituação deste, com necessidade de reanálise dos postulados de base sobre os quais o contrato está assentado. Avulta, nessa tarefa, a orientação metodológica de leitura dos dispositivos civilistas a partir do

⁶ Nesse sentido, LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 210.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e Mudança Social*. Revista dos Tribunais. Vol. 722. Ano 84. dez/95. p. 40-45. p. 42.

filtro constitucional, modo pelo qual se busca colocar o contrato em consonância com os mandamentos emergentes da Carta. Constata-se, pois, que, a partir de uma leitura constitucionalizada do contrato, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana são mandamentos que estão na base do contrato contemporâneo, longe dos quais este não pode subsistir sem causar ofensa aos preceitos constitucionais.

A intenção do trabalho, partindo de uma leitura do Direito Civil orientada pela Constituição, é relacionar algumas das mais relevantes inovações que a teoria contratual vem experimentando mediante o estudo dos “novos” princípios contratuais da boa-fé e da função social dos contratos. Além de uma análise centrada nesses dois princípios, com explicitação do sentido e alcance que vêm sendo a eles oferecidos pela doutrina, bem como as consequências deles emergentes, suscita-se a questão da interação desses princípios com o tripé principiológico clássico, reconhecendo-se não haver subsidiariedade entre esses princípios, os quais devem conviver não obstante a possibilidade de tensões entre a liberdade individual e os mandamentos que podem emergir da boa-fé e da função social dos contratos. Salientando a natureza principiológica e a possibilidade de soluções no sentido da ponderação entre os princípios incidentes sobre o caso concreto, considera-se que princípios tradicionais e contemporâneos convivem, estando simultaneamente presentes em cada contrato.

Portanto, entende-se que boa-fé e função social dos contratos não são apresentadas no sentido de dominar a teoria contratual contemporânea, excluindo os princípios da autonomia privada, intangibilidade dos pactos e relatividade dos efeitos dos contratos; ao contrário, a complexidade da teoria contratual contemporânea⁸ pode ser identificada, também, na necessária convivência que deve ser alcançada entre os princípios. Com efeito, a principilogia hodierna é acrescentada à tradicional, mas não a exclui, tornando necessário explicitar o sentido que cada um dos princípios, considerados em relação, assume no cenário contratual civilista contemporâneo. Nessa linha, destaca MORAES que

a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade,

⁸ É a partir da necessidade de convivência entre os princípios tradicionais e contemporâneos que AZEVEDO indica que a teoria contratual hodierna é marcada pela “hipercomplexidade” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 87. Vol. 750. São Paulo: RT, abr./1998. p. 115).

possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.⁹

O contrato, por conseguinte, continua sendo produto da manifestação de vontade das partes, obrigatório para quem o pactuou e com efeitos internos direcionados ao cumprimento da prestação principal que alcançam os contratantes. Concomitantemente, tem-se que, à luz do ordenamento jurídico contemporâneo, tal ajuste deve levar em consideração as consequências que pode gerar na sociedade, protegendo-se tanto o interesse social dos efeitos causados pelos contratos como os interesses das partes das interferências que terceiros possam ocasionar. No âmbito interno da relação contratual, a conduta das partes é informada pela boa-fé, que impõe a manutenção de uma conduta correta e leal, com vistas à satisfação dos objetivos visados com o contrato e promoção de um ambiente relacional saudável.

Cumpre anotar, desde logo, que, segundo entendimento desenvolvido ao longo do trabalho, a presença da boa-fé e da função social dos contratos, bem como a releitura dos princípios clássicos assentados na autonomia privada, não eliminam a liberdade contratual, muito menos excluem a possibilidade de lucro nas relações jurídicas contratuais. Não são, pois, colocadas em uma perspectiva socialista¹⁰, de modo que não desvirtuam o sistema capitalista adotado no Brasil; ao contrário, consoante decorre de uma leitura fundada na Constituição, o sistema capitalista convive com os mandamentos de solidariedade social. Assim, percebe-se que ao mesmo tempo em que a Constituição da República de 1988 adota o sistema capitalista, legitimando a apropriação privada de bens e o lucro, funcionaliza a livre iniciativa ao atendimento da justiça social e apresenta a solidariedade como um dos objetivos da República Federativa do Brasil¹¹.

Assim, a releitura do contrato e sua principiologia clássica, com inserção da boa-fé e da função social, não tem por objetivo eliminar o sistema de mercado vigente, mas inserir elementos éticos e sociais que possibilitam a manutenção de um ambiente contratual sadio com consideração dos efeitos que o contrato pode ocasionar no meio ambiente. Certamente, essas novas diretrizes acabam, de um lado, por fomentar as relações contratuais no mercado, na medida em que há interesse geral na manutenção de relações internas pautadas por condutas escorreitas, e, ao mesmo tempo, na proteção tanto dos interesses de terceiros que podem ser afetados com o contrato, como dos interesses das partes, que podem ser atingidos por condutas

⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: tendências. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Revista do Departamento de Direito, ago.- dez./1999. p. 95 – 113. p. 109.

¹⁰ Em sentido idêntico, no tocante à função social da propriedade, GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 127.

¹¹ Respectivamente, nos artigos 170 e 3º da Constituição.

de terceiros. De outro lado, a partir dessa releitura, há, concomitantemente, o atendimento aos mandamentos constitucionais no âmbito da teoria contratual, adequando o contrato ao sentido econômico-social que decorre de uma leitura constitucionalizada do instituto jurídico em análise.

I - CRISE E REFORMULAÇÃO DO CONTRATO: O DESENHO MODERNO DO CONTRATO E AS DIRETRIZES DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

É usual a afirmação de que o contrato está presente na vida das pessoas desde as sociedades mais antigas, dado que o homem é um ser que transaciona interesses dos mais diversos modos, o que permite encontrar formas de regulamentação da atividade negocial desde remotas épocas. Por outro lado, é certo também que, com o passar do tempo e o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se¹², sendo até dispensável ressaltar a sua importância no atual cenário sócio-econômico e jurídico. De fato, consoante ROPPO, o que se pode observar é uma tendência histórica irreversível de um contínuo e crescente processo de contratualização das relações econômicas, correspondendo a um aumento da complexidade e articulação do conjunto de normas jurídicas que regulam o contrato, desenhando uma disciplina cada vez mais “imponente e minuciosa”¹³.

Ademais, parece factível pensar que sempre existiram operações econômicas, mas que o contrato, tomado como categoria lógica e instrumento de formalização jurídica, é mais recente¹⁴. Aparece para indicar a idéia de sujeição das operações econômicas ao Direito, ou seja, a um conjunto de regras cogentes orientadoras da conduta dos contraentes; e, sendo este um processo em constante evolução, não parece ser possível indicar, com precisão, o momento histórico de seu surgimento. Daí porque a exposição sobre elementos históricos segue a diretriz de evidenciar a existência de um desenvolvimento no sentido de envolver, de forma cada vez mais abrangente, as relações obrigacionais travadas na sociedade, caracterizando o contrato como um instituto autônomo¹⁵.

¹ Neste sentido, Caio Mario da Silva PEREIRA já afirmou que “qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. É a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 4-5).

¹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 21.

¹⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 15.

¹⁵ Nas palavras de Enzo ROPPO, ao estudar o desenvolvimento histórico do contrato, “interessa mais enunciar a existência, em linha de princípio, de um *iter* histórico orientado complexivamente no sentido de atrair, de modo cada vez mais completo, as operações econômicas para a órbita e para o domínio do direito, submetendo-as às suas regras vinculantes, e ao mesmo tempo – o que é de grande importância para a definição do status do “contrato” como conceito jurídico – considerar as regras em matéria de contrato cada vez mais específicas face

Assim, embora sem a pretensão de apresentar um histórico da evolução do contrato, desde épocas antigas até a sociedade contemporânea, parece imprescindível uma referência ao Direito Contratual pensado na hegemonia do Estado Liberal, principalmente após a Revolução Francesa, calcado na autonomia da vontade e radicado na filosofia individualista¹⁶ e no liberalismo econômico, devido à importância que o modelo assumiu. Esse foi o desenho de contrato que influenciou as grandes codificações oitocentistas, sendo recepcionado, também, pelo tardio Código Civil brasileiro de 1916, o que contribuiu para a difusão dos dogmas criados nessa época na mente e prática de muitos juristas brasileiros, percebendo-se a sua influência ainda hoje. Ademais, tal concepção de contrato aparece lastreada em um conjunto de princípios que, a despeito de perderem o absolutismo que lhes era marcante, repercutem até os dias atuais.

Considera-se, assim, que tal empreitada é elementar para a compreensão da guinada que o Direito – sublinhando-se aqui o Direito Civil – vem experimentando nos últimos anos e que oferece algumas das premissas metodológicas que orientam esta pesquisa. Portanto, a retomada de caráter histórico estará centrada, sobretudo, no século XX e na figura do contrato, suas transformações e princípios, embora sem deixar de apresentar algumas considerações acerca da racionalidade do sistema construído sob a influência liberal.

Por outro lado, faz-se mister considerar que o contrato nasce da prática social. Assim sendo, é um instituto jurídico longo, mas que experimentou grandes modificações na medida em que a configuração e os valores da sociedade na qual se inseria eram alterados. Isso já oferece indicativos de que a formulação tradicional de contrato reflete uma certa concepção de vida, não mais correspondente aos anseios da sociedade contemporânea. Destarte, é essencial conhecer o contrato moderno e suas implicações para contrapor essa experiência às demandas atuais, que trazem exigências de matizes diversas à teoria contratual, marcadas pelo viés ético e social, exigindo um repensar da teoria contratual. Reconhecendo as limitações enfrentadas pelos lineamentos modernos do contrato, importa ressaltar as diretrizes que atualmente informam a leitura do Direito Civil, sempre em consonância com as disposições constitucionais. Este conjunto de orientações aparece como premissa que serve

às relativas a outras figuras em termos de agrupá-las num ‘instituto’ próprio, e, conseqüentemente, elevar o contrato a categoria *autônoma* do pensamento jurídico”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 16.

¹⁶ O individualismo pode ser entendido como “um modo de conceber o homem centrado na figura do indivíduo que se caracteriza como uma unidade referencial básica” (INDIVIDUALISMO. Autor: BRAGATO, Fernanda. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.468 – 471. p. 468). Trata-se, a rigor, de uma concepção que privilegia o indivíduo em relação à coletividade. Nessa visão, o homem é considerado naturalmente livre, sendo que sua liberdade pode ser limitada apenas pela sua vontade. BRAGATO considera que o individualismo constitui um verdadeiro paradigma moral das sociedades moderna e contemporânea (*Idem*, p. 468). Importante indicar que o liberalismo é a face do individualismo no âmbito político, refletindo neste espaço nas idéias de política liberal, intervenção estatal mínima, liberdade dos indivíduos e crença na auto-regulação da sociedade (*Idem, ibidem*).

para a interpretação de todo o arcabouço de normas infraconstitucionais, influenciando, certamente, o Direito dos Contratos na sua disciplina civilista, sendo tomadas, portanto, como as diretrizes teóricas a nortear a elaboração deste estudo.

Destarte, considerando-se que o modelo contratual de uma sociedade corresponde ao modo de organização social dominante em cada período, pretende-se explicitar, nesse capítulo, as principais características do contrato liberal, sua recepção pelas grandes codificações e difusão na cultura jurídica, bem como o desenho de seus princípios informadores, para, posteriormente, trazer anotações sobre a crise enfrentada por esse modelo de contrato e o surgimento de novas diretrizes que acabam por exigir a formulação de uma concepção distinta deste instituto jurídico, consentânea às cambiantes exigências sociais. Afirma-se, por conseguinte, a relatividade do contrato, que, não estando imune às influências do meio, tem sua disciplina, estrutura e funções alteradas consoante as modificações do contexto econômico-social em que está inserido¹⁷.

1.1. O SISTEMA CONTRATUAL LIBERAL

Há autores que vêem na gênese da história das formações sociais humanas os primeiros indícios caracterizadores de uma configuração mínima daquilo que hoje se conhece como contrato¹⁸. Certamente, os contratos são mais recentes do que as operações econômicas que visam regular, tendo surgido quando o Direito pretendeu incluí-los no seu âmbito de regulamentação. Ante as frágeis evidências históricas, em geral não se faz referência à utilização do contrato, tal como o conhecemos, na Antiguidade. O que parece ser possível

¹⁷ Nesse sentido, ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 24. Ressaltando a diferença de configuração do contrato em uma sociedade capitalista ou socialista, ROPPO exemplifica a historicidade e relatividade do contrato a partir de uma análise diacrônica, que aponta, ao mesmo tempo, a importância do contrato na sociedade moderna oitocentista: “se confrontarmos as funções assumidas pelo contrato na antiguidade ou na idade média, vale dizer, no âmbito dos sistemas econômicos arcaicos, ou de modo geral pouco evoluídos (...), com as funções que o contrato assume no quadro de uma formação econômico-social caracterizada por um alto grau de desenvolvimento das forças produtivas e pela extraordinária intensificação da dinâmica das trocas (...), constatamos profundíssimas diferenças quanto à dimensão efectiva, à incidência, à própria difusão do emprego do instrumento contratual: ali relativamente reduzidas e marginais, aqui, pelo contrário, de molde a fazer do contrato um mecanismo objectivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema económico” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 25).

¹⁸ Ainda que se considere prescindível traçar aqui um longo histórico do contrato para contextualizar os delineamentos que assume essa figura contemporaneamente, não se desconhece a existência de estudos que apontam para o surgimento do instituto do contrato mesmo antes do Direito Romano. Nesse sentido, SANTOS afirma que “a gênese do contrato individual, de qualquer forma, remonta ao direito egípcio e mesopotâmico” (SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004). Em sentido oposto, RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 20-21

indicar é que, em matéria de obrigações e contratos, o direito dos povos antigos¹⁹ inclinava-se a um formalismo exacerbado. Nesse sentido, nos estudos realizados sobre o Direito Romano²⁰, percebe-se que não havia uma figura geral de contrato para a pluralidade das operações econômicas, mas que, nas espécies admitidas, um conjunto de formalidades incidiam nos contratos.

É somente a partir do Direito Canônico que começa a se formar a idéia de que a obrigação decorre da manifestação de vontade livre da pessoa²¹, com o que se reduz o formalismo anterior e se estabelece os fundamentos para o dogma da autonomia da vontade, elemento central da teoria dos contratos desde o advento do Estado Liberal.

A partir da Revolução Francesa e ascensão do liberalismo nos âmbitos político e econômico há uma substancial modificação do Direito com relação ao que se praticava no medievo²², passando a se propagar a igualdade formal e a liberdade contratual em um

¹⁹ A maioria dos autores, ao tratar da evolução do contrato na perspectiva histórica, parte do Direito Romano, que ofereceu uma sistematização ao instituto na qual avultava a tendência à exultação do formalismo. Muito resumidamente, apresentavam os romanos uma expressão genérica – a *conventio* – dividida em duas espécies: *pactum* e *contractum*. Este se caracterizava por ser expressão de vontade com exteriorização material da forma, recebendo uma denominação específica e trazendo consigo a sanção, de modo a autorizar a *actio*. Já o *pactum*, embora também partisse de um acordo de vontades, não recebia nome especial nem revestia formas típicas, além de não permitir à parte a invocação da *actio*, mas apenas das *excepciones*, ou seja, poderia ser utilizado como matéria de defesa em processos judiciais. CRETELLA JR. constata que, para os romanos, “contrato = pacto + formas”, pois do simples pacto não nasce a ação (CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 247). Com a crescente complexidade da vida social e pluralização dos negócios travados, surgiu a “necessidade de oferecer maior materialidade aos contratos. E surgiram, então, as quatro modalidades mencionadas por Gaius. Primeiro, os contratos *re*, como uma espécie de contrato real, que se perfazia mediante a entrega de uma coisa; contratos *litteris*, que se completavam pela inscrição no *codex* do devedor; contratos *verbis*, que se realizavam mediante a troca de palavras sacramentais, dos quais o mais importante era a *stipulatio*. Somente mais tarde veio o contrato *consensu*, cujo nascimento foi lento e complexo, (...). Nem por isso perdeu sentido a afirmativa de Gaius: as obrigações ora nascem de um contrato ora do delito (*vel ex contractu nascitur, vel ex delicto* – *Institutiones commentarius*, vol. III, n. 88)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 288).

²⁰ A respeito, ver CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. p. 234-362; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. II. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 1-286. Resumidamente, em BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.7-8. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

²¹ O Direito Canônico ofereceu sua contribuição à configuração atual do contrato ao criar o fundamento do dogma da autonomia vontade, diminuindo o formalismo exacerbado herdado dos romanos a partir da admissão de que “o juramento não seria necessário à validade da promessa, pois a simples mentira tornara-se pecado mortal” (SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. p. 26), de modo a difundir a forte concepção de que os contratos deveriam ser cumpridos, fossem justos ou injustos.

²² É interessante observar que durante o medievo a parcela do Direito posteriormente rotulada como Direito Privado configurava uma esfera cuja regulação era deixada aos particulares e aos costumes. De fato, é apenas após o advento do Estado Liberal que o poder político vai se preocupar em regular, sistemática e abrangentemente, essa esfera do Direito. Anote-se, ainda, que a experiência jurídica medieval era substancialmente diversa da ordem moderna: aquela era marcada pelo respeito à pluralidade e autonomia, o que conduziu a uma ordem intrinsecamente complexa, com possibilidade de diversos ordenamentos particulares coexistentes. GROSSI, considerando a existência, durante o primeiro período do medievo (do século V até por volta do século XI), de um poder político incompleto, de uma relativa indiferença do poder político com relação

contexto marcado pela ética do individualismo e pelo monismo das fontes. Em verdade, o Direito sofreu reflexos da consolidação do poder econômico da burguesia²³, do século XVIII em diante, a qual surge como a classe dominante em quase todos os Estados Ocidentais. Concomitantemente, o Direito Natural prevalecente na Idade Média perde terreno para o jusracionalismo²⁴, o qual toma a razão como fonte criadora, por excelência, passando a acreditar na possibilidade de formação de um sistema jurídico completo, rígido, universal, e, portanto, ahistórico.

A rigor, o expoente do pensamento político iluminista está na teoria do contrato social, de ROSSEAU²⁵, a qual estabelece o contrato como base da sociedade politicamente organizada. Esta teoria teve grande influência sobre a configuração da autonomia da vontade no plano jusprivatístico. Reencontra-se, aqui, o dogma da autonomia da vontade, pois a autoridade do Estado vem fundamentada no consentimento de cada cidadão, que por ser livre e igual aos demais, pode renunciar a parte de sua liberdade para contratar, formando o Estado, ou estabelecendo um contrato privado com outrem. Logo, o contrato, proveniente da livre manifestação de vontade dos indivíduos é fonte de obrigação entre as pessoas, e também a base da própria autoridade estatal, constituindo “uma legitimidade essencial e autônoma em relação às normas”²⁶, com o que se revela a importância da vontade humana.

É justamente desse contexto histórico do Estado Moderno do século XIX que o Direito Civil brasileiro herdou a concepção clássica de contrato²⁷, que ainda hoje inspira grande parte

ao Direito (que restringia sua atuação aos instrumentos jurídicos necessários ao exercício do poder, mantendo certa indiferença quanto ao restante, que era produzido pelas diversas forças sociais) e de uma factibilidade e historicidade do Direito (era um Direito que nascia diretamente dos fatos), afirma que o Direito existia antes e para além do poder político, do que resultava o pluralismo de fontes, identificadas nas leis, costumes, opiniões doutrinárias e práxis (GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomas y Valente e Clara Álvares. Madrid: Parcial Pons, 1996. *passim*). Assim, na experiência medieval, o poder político aparecia como *uma* dentre as diversas fontes que construíam o sistema jurídico, não sendo a fonte principal, nem estando em posição hierarquicamente superior às demais, afora que, para além do momento de validade formal, interessava muito mais a materialidade da *lex*, como conteúdo substancial determinado a partir de uma leitura da realidade (conforme GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 36). Essas características de um Direito complexo e plural são suplantadas posteriormente, com o advento do Estado Liberal, por um Direito marcado pela estatalidade, rigidez e monismo.

²³ A palavra “burguesia” é utilizada neste trabalho no sentido de identificar a classe formada pelos indivíduos não pertencentes à nobreza, clero ou servos, mas que vivia nas cidades, com liberdade de circulação e ocupando-se, principalmente, do comércio e da indústria.

²⁴ O jusracionalismo pode ser entendido como uma tendência laicizante que passa a ver o Direito como um conjunto de normas ditadas pela razão humana. Representa uma grande contribuição para o Direito moderno, marcado pela laicidade, racionalidade, individualismo e subjetivismo.

²⁵ A respeito, consultar o verbete CONTRATO SOCIAL, de autoria de José Luiz Bolzan de Moraes, in BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 163 - 168.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 58.

²⁷ Entende-se que a recente teoria contratual pode ser dividida em duas concepções bastante amplas: a que surgiu nos séculos XVIII e XIX, denominada como teoria clássica, tradicional, liberal ou moderna, e a teoria atual, denominada contemporânea ou social, desenhada a partir do século XX.

dos manuais jurídicos, muito utilizados como embasamento teórico pela maioria juristas contemporâneos²⁸. É nesse mesmo período que se assiste à emergência das grandes codificações, sendo indubitável o sucesso do modelo codificado para a expressão do Direito, bem como a glória de grandes construções doutrinárias dessa época, como as de direito subjetivo, de pessoa jurídica e de negócio jurídico. Inegável, portanto, a influência que essa ordem de idéias ainda exerce²⁹, e cuja superação vem sendo fruto do incansável trabalho de alguns juristas, o que mostra a imprescindibilidade de seu estudo.

1.1.1. O Estado Liberal e a Liberdade Contratual

A partir da Revolução Industrial, o clima social e político nos países europeus foi mudando, com a crescente consolidação das riquezas e do poder econômico nas mãos da burguesia. Em 1789, com a Revolução Francesa, acontece o triunfo da burguesia liberal no contexto de uma ordem econômica capitalista, que, embora ainda predominantemente agrária, já trazia consigo o germe da sociedade industrial. Esse fato foi acompanhado por um conjunto de modificações sociais³⁰, políticas, econômicas e, também, jurídicas, evidenciando uma mudança paradigmática e o surgimento de um Direito com novas feições³¹, amplamente

²⁸ A advertência é feita por NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva: 1994, p.41.

²⁹ Nesse sentido, LÔBO entende que é “impossível pensar o sentido e a função do contrato, em nossa atual sociedade de massas, e mais ainda, segundo a experiência do Estado Social, que se consolidou neste século XX, sem uma análise rigorosa do paradigma contratual que o nosso direito, ou melhor, o senso comum dos juristas, insiste em ter como invariável”. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e Mudança Social*. Revista dos Tribunais. Vol. 722. Ano 84. dez/95. p. 40-45. p. 41.

³⁰ Sublinhe-se que tais modificações foram impulsionadas pelo iluminismo, entendido tanto como uma filosofia quanto como um movimento cultural que, originado na Inglaterra, irradia-se para a França e outros países europeus desde a Revolução Industrial até a Francesa. É visto como um movimento que aspira a emancipação do homem pela razão, rompendo com a tradição metafísica.

³¹ Embora não se pretenda apresentar, nessa rápida menção ao Direito Moderno, uma exposição sobre os desenvolvimentos jus-filosóficos que contribuíram para alcançar e explicar as modificações experimentadas pela sociedade e pelo Direito, vale uma rápida menção a algumas das principais inovações do pensamento moderno. Segundo REALE, é possível atribuir a cada um dos grandes pensadores do período a revelação de novos valores, “como a auto-suficiência dos direitos inatos do homem, independentemente da existência ou não de Deus, como corajosamente foi insinuado por Grócio; a autonomia da vontade como fonte geradora da ordem social e política (Hobbes); a fundação da convivência social no livre consentimento e nos limites conaturais ao exercício do poder (Locke); o autônomo poder criador do intelecto em harmonia com os imperativos éticos universais (Leibniz) e a intangibilidade da consciência, a salvo de toda interferência do público (Thomasius)” (REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 75). Cite-se, ainda, o princípio da divisão dos poderes, de Montesquieu e a afirmação do primado da vontade geral no sentido democrático rosseauiano. Nessa linha, NALIN considera que “a legenda mais profunda do período moderno do pensamento jus-filosófico” dá-se com a doutrina de KANT, o qual coloca o elemento volitivo no centro de todas as relações jurídicas privadas, tomando por pressuposto formal a igualdade dos pares. Nesse sentido, entende que “não há como negar que os ideais de um homem livre e igual, frente aos demais, realmente teve relevância para a construção do atual

dominante até, ao menos, o primeiro pós-guerra, quando o individualismo liberal vai cedendo espaço a preocupações de cunho social³².

Objetivando a superação do corporativismo que marcava a Idade Média, bem como das limitações impostas pela Igreja, surgem teorias econômicas cultuando a ampla liberdade, com base na idéia de que a livre movimentação de riquezas na sociedade conduziria ao equilíbrio social.

Ao lado do liberalismo, difundem-se os valores do individualismo e do racionalismo, colocando o homem no centro do mundo cultural. Concomitantemente, partindo de diversos vértices, emerge com toda a força o valor fundamental da subjetividade³³, afirmado perante o Estado. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão atesta-se o valor primordial do homem em um viés universal, no sentido em que este passa a ser sujeito de direitos pelo simples fato de ser pessoa, sublinhando-se o caráter leigo dessa declaração que rompe, também, com a sistemática do *Ancien Régime*, na qual a cidadania era um *status* concedido pelo Monarca.

Surge, portanto, um Direito com características novas, preocupado com a defesa das prerrogativas dos indivíduos face ao poder estatal, que, refletindo nas Cartas Políticas, inclui, para além da organização do Estado, a proteção dos direitos dos cidadãos em Constituições Democráticas. Nesse momento, os direitos assegurados constitucionalmente aos cidadãos correspondem ao que hoje denominaríamos de direitos de primeira dimensão, os quais – a despeito da corrente afirmação de que beneficiaram a burguesia – representam grandes conquistas, transcendendo os interesses do capitalismo industrial.

No âmbito do Direito Civil, as inovações do período foram concretizadas, primeiramente, no Código Napoleônico de 1804, o qual seguiu a diretriz de eliminação das contradições e desigualdades inerentes à regulamentação jurídica do *Ancien Régime* e a linha de sistematização defendida pelo racionalismo jurídico então dominante, apresentando-se como a carta dos direitos subjetivos³⁴ do homem comum. Em consonância com os interesses

Estado Democrático de Direito” (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 105 e 107, respectivamente).

³² Nesse sentido, REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. p. 73. O referido autor lembra que “o conjunto polivalente de motivos e conjunturas atuantes no processo revolucionário de 1789, envolvendo liberalismo, democracia, nacionalismo, anarquismo, socialismo, estatismo, ou seja, todas diretrizes político-econômicas que iriam agitar o século seguinte até nossos dias”. E complementa: “daí poder-se dizer que é com a Revolução Francesa que nasce o Direito Moderno” (*Idem*, p.74).

³³ REALE lembra que a subjetividade surge com fulcro nas “mais diversificadas apurações do homem em todos os campos de sua atividade, desde as religiosas às científicas, das artísticas até as jurídicas e políticas”. REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. p. 75.

³⁴ REALE explica que “essa transição entre o antigo e o moderno operava-se, todavia, no clima espiritual da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de tal modo que adquiriram um sentido novo, de caráter

burgueses, apresentava um direito individualista, em cuja base estavam a liberdade e a propriedade privada. No tocante a esta, o artigo 544³⁵ do mencionado Código apresentava a propriedade como um direito inviolável e sagrado, de caráter absoluto, cujo titular só poderia, excepcionalmente, ser privado de seu uso em caso de evidente necessidade pública legalmente constatada, atendida a condição de justa e prévia indenização.

O outro pilar da codificação civilista francesa refere-se à autonomia da vontade e vem expressa no artigo 1.134 do *Code*³⁶ como fonte das obrigações, em homenagem à liberdade individual do homem. Com isso, oferecia-se formatação jurídica ao individualismo econômico, que iria dar ensejo a toda uma gama de relações sociais travadas sob o influxo dos ideais burgueses.

Observe-se que esses dois institutos básicos – propriedade e liberdade contratual³⁷ – estavam intimamente ligados, na medida em que o primeiro representava a categoria-chave de todo o processo econômico e o segundo fornecia as bases jurídicas para a circulação dessa riqueza na sociedade³⁸. ROPPO explica que, no contexto de edição do *Code*, propriedade e liberdade apareciam na forma de um binômio indissociável, pois a propriedade era entendida como o fundamento real da liberdade, seu símbolo e garantia face ao Poder Público, enquanto que a liberdade oferece as condições para se usar a propriedade consoante o interesse de cada um. Assim, não se poderia pensar a propriedade sem a liberdade de gozá-la, dela dispor ou fazer circular sem limites³⁹: daí a imprescindibilidade da liberdade contratual.

positivo, a atribuição de ‘direitos inatos’, desde logo convertidos em ‘direitos subjetivos’, na ordenação sistemática das relações civis” (REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. p. 87).

³⁵ “Art. 544. *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*” (A propriedade é o direito de gozar e de dispor dos bens, da forma mais absoluta, desde que deles não se faça uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos).

³⁶ “Art. 1.134. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que lès ont faites*”, ou seja, estabelece que as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei, relativamente às partes que as fizeram.

³⁷ Note-se que o Código napoleônico tinha caráter acentuadamente patrimonialista, relacionando a liberdade contratual com a liberdade de propriedade. René SAVATIER, citado por LÔBO, aponta que o *Code* “destina 515 artigos relativos às pessoas e 1.766 artigos consagrados aos bens, e mesmo no interior dos 515 primeiros artigos o desequilíbrio é subjacente. Exemplo é a regulamentação da incapacidade em que a preocupação do legislador seria menos com a pessoa do incapaz e mais com os bens do incapaz. É também revelador que o contrato de casamento seja classificado, não pelo direito das pessoas, mas pela maneira de adquirir a propriedade” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva: 1986. p. 16).

³⁸ NALIN explica a imbricação entre contrato e propriedade da seguinte forma: “o contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesia) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade e o contrato definido como instrumento de sua convalidação” (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. p. 109).

³⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 42. O autor acrescenta que, analisando o *Code*, é possível perceber o contrato como mero instrumento de circulação da riqueza, pois “os artigos que lhe dizem respeito encontram-se num livro (o terceiro) dedicado em geral aos ‘diversos modos de aquisição da propriedade’. Desta forma, o instituto do contrato assume, num certo sentido, uma posição não autônoma, mas subordinada, servil, relativamente à

Ademais, difundida estava a crença de que o contrato traria consigo uma natural equidade e justiça, proporcionando harmonia social e econômica se mantida a liberdade contratual, o que explica a expressão da época *qui dit contractuelle, dit juste*⁴⁰. A moderna teoria contratual, portanto, deu forma jurídica ao individualismo econômico da época, criando uma disciplina contratual congruente com os imperativos da liberdade individual e do dogma da autonomia da vontade.

Outro monumento legislativo desse período é o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o Código Civil alemão de 1900, que, a despeito de surgir com quase um século de atraso em relação ao Código francês, enquanto Código burguês, inspira-se em princípios semelhantes, essenciais ao ordenamento capitalista contratual, como a liberdade de contratar, lastreada no pressuposto da igualdade formal dos sujeitos. A principal nota distintiva entre os dois diplomas, no tocante à disciplina contratual, está no fato de o BGB ter apresentado a categoria do contrato como uma subespécie de outra categoria mais geral e abstrata: o negócio jurídico. Se a disciplina contratual constante no Código francês já representava um grande esforço de generalização e abstração, esse processo foi levado ao extremo com o negócio jurídico, que se mostra uma categoria capaz de englobar um conjunto muito mais amplo de fenômenos que o contrato.

Da própria definição tradicional de negócio jurídico (“declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos”⁴¹) percebe-se a cristalização do dogma da vontade, erigida como elemento central da definição e fonte das transformações operadas no mundo jurídico. Vindo ao encontro dos interesses burgueses, foi uma criação insigne da sabedoria jurídica⁴², importante na afirmação da igualdade formal dos sujeitos envolvidos em relações econômicas, ocultando suas desigualdades materiais:

esta finalidade, nenhum instrumento podia servir melhor que o negócio, que, abstraindo ao máximo – até mais do que o contrato – dos sujeitos reais e das operações econômicas reais (que também assimilava actos tipicamente não

propriedade, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual e em função do qual são ordenados todos os outros: o contrato, em suma, surge na consideração do legislador só no seu papel de instrumento (...) de transferência de direitos sobre coisas, e, portanto, em primeiro lugar, o direito de propriedade” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 42).

⁴⁰ Na tradução livre, “quem diz contratual, diz justo”. Nesse sentido, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 59.

⁴¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 49.

⁴² O desenvolvimento da categoria do negócio jurídico representa, de fato, um grande trabalho da dogmática jurídica, efetivamente representativo do desenvolvimento do saber jurídico da época. Entretanto, não se pode deixar de anotar que, atualmente, diversas críticas são tecidas pela doutrina quanto à abstração e generalidade dessa figura. Sobre o tema, AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

económicos, como o matrimónio e os outros ‘negócios familiares’) conseguia justamente operar o ‘máximo de unificação e de igualização formal dos sujeitos jurídicos’⁴³.

De fato, o negócio atuava eficazmente na ocultação da concreta posição sócio-econômica das partes e dos termos reais da operação realizada, ao privilegiar exclusivamente a vontade, justificando, concomitantemente, a necessidade de abstenção de qualquer interferência pública nos pactos.

Percebe-se, portanto, que houve, nesse período, grandes construções, marcando a história do Direito por romper com as características da experiência jurídica anterior e inaugurar uma forma diferente de conceber o Direito e o sistema das fontes, bem como por modificar profundamente a relação entre a ordem jurídica e o poder político. O que ressalta nesse projeto é “o completo delinear de uma mentalidade energicamente nova que investe o coração da ordem jurídica, ou seja, o modo de conceber e de realizar a produção do direito”⁴⁴. A codificação do Direito moderno e suas pretensões, cuja atraente sistematização foi essencial para a difusão dos dogmas, são representativas da miríade de mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico, e que influenciam até hoje os juristas. De fato, pode-se afirmar que foi a partir da codificação que o racionalismo liberal burguês generalizou seus valores, oferecendo-lhes uma aparência abstrata e atemporal⁴⁵.

1.1.2. O Moderno Processo Codificatório: simplificação e sistematização do Direito

A concepção predominante nesse período empregou seus esforços no sentido de conceber o Direito como um sistema logicamente organizado e alheio a considerações de ordem ética, política ou econômica⁴⁶. Assim, a edificação jurídica construída no século XIX é

⁴³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 51. Grifado no original.

⁴⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 108. A descontinuidade entre a experiência jurídica medieval e moderna é também constatada por Pietro COSTA, que reconhece esta como uma “*discontinuità fondata sull’assolutistica ‘piu colossale operazione di politica del diritto nell’intero arco della storia giuridica occidentale’*”. CAPPELINI, Paolo. *Il Códice eterno. La forma codici e suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*. In: CAPPELINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio (atti dell’incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000)*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 35.

⁴⁵ Nesse sentido, LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. p. 15.

⁴⁶ Conforme indicado por Orlando GOMES, In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2.ed. aum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 03-04.

marcada pela característica do fechamento jurídico, resultando na elaboração de Códigos⁴⁷ pretensamente independentes e completos, representativos de um sistema fechado, com aspirações de plenitude e acentuada preocupação com a segurança jurídica. Expressão máxima desse conjunto de idéias é o *Code* Napoleônico de 1804⁴⁸, que surge como fruto da evolução social, com a intenção de reduzir a complexidade, apresentando-se com as características de um sistema fechado e totalizante que tem na sua base as noções de igualdade formal e abstração: disciplina relações abstratas travadas entre sujeitos teoricamente iguais, com desconsideração das suas desigualdades concretas.

Os Códigos instrumentalizam a difusão de idéias de igualdade formal dos cidadãos perante a lei, a qual deveria ser idêntica para todos e homogeneamente aplicável, sem distinção entre os destinatários. Aparecem, ainda, como produtos de um único sujeito: da autoridade política que comanda o Estado e impõe o Direito de cima para baixo, marcando-o com as características da autoridade e de um profundo monismo na sua dicção⁴⁹, dado que somente o ente estatal passa a estar legitimado a produzi-lo. O Direito é, assim, equiparado à lei - a qual assume caráter geral e abstrato, sendo exclusiva e excludente de outras fontes do Direito -, apresentada sob a forma de um Código que tem a pretensão de regular todos os atos da vida do cidadão burguês, desde seu nascimento até sua morte. Daqui emerge a concepção de completude do sistema, dado que o Código é considerado (e planejado para ser) um sistema pleno, completo, amplamente abrangente de toda a matéria que pretende regular, sem que nele existam lacunas ou contradições. Retirando sua legitimidade da autoridade do ente estatal que o promulgou, somado à pretensão de plenitude do sistema, o Código não deixa espaço para consideração de outros direitos⁵⁰ que não aqueles designados pela autoridade

⁴⁷ Embora atualmente seja possível a referência a muitos “Códigos” (de fato, a palavra “Código” é bastante freqüente no vocabulário jurídico, intensificando-se o seu uso com o surgimento de diversas leis esparsas configuradoras de microssistemas a que se tem denominado “Código”, como é, exemplificativamente, o caso da Lei 8.078/90, conhecida como “Código do Consumidor”), sublinha-se aqui a operação realizada entre os séculos XVIII e XIX, que teve como máximo expoente e símbolo o Código Civil Napoleônico de 1804.

⁴⁸ Reconhecendo a importância do Código Civil Napoleônico para a concepção moderna do Direito, GROSSI chega a asseverar que em “*la storia delle fonti há un prima e un poi, e il discrimine corre proprio in quel 1804 che vide realizzato il primo momento di un enorme disegno legislativo*”. GROSSI, Paolo. *Code Civil: uma fonte novíssima per la nuova civiltà giuridica*. In: *Atti dei convegni Lincei 221 (convegno “Il bicentenario del codice napoleônico”, Roma, dicembre 2004)*, Roma: Bardi Editore, 2004. p. 20.

⁴⁹ É interessante observar que tais características são freqüentemente apresentadas como conquistas, como virtudes que devem ser preservadas. Nesse sentido, GROSSI explica que “de fato, é correntemente ensinado que são virtudes comuns da lei: os aspectos abstrato e geral, ou seja, a sua indiferença perante casos e motivos particulares; a rigidez, ou seja, a sua insensibilidade às possíveis diferentes exigências dos seus destinatários; a autoridade, ou seja, a indiscutibilidade do seu conteúdo” (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. p. 24).

⁵⁰ Os direitos consuetudinários, por exemplo, não são reconhecidos nesse modelo.

pública⁵¹, operando uma simplificação do Direito: se antes era este marcado pela complexidade e pluralidade, passa a experimentar uma simplificação decorrente da implementação de um sistema fechado, ditado a partir de uma única fonte⁵².

De fato, o dogma superior vincula-se à aceitação da positividade do Direito ditado pela autoridade estatal, em um modelo de normatização direta que vai ganhando cada vez mais espaço. Ademais, importante a anotação de GROSSI no sentido de que, nesse cenário moderno, “o procedimento de normatização conclui-se no momento em que a norma vem produzida; conclui-se e extingue-se”⁵³, ou seja, a norma já surge rígida, inflexível às mudanças experimentadas pela sociedade, dado que só poderá ser modificada por outra lei editada com estrita observância dos requisitos formais estabelecidos. Tal concepção legitimou a consolidação do exegetismo⁵⁴ e do legalismo⁵⁵ como as únicas formas de interpretação

⁵¹ Tal conjunto de idéias representa o domínio do “mito da lei”, no sentido de se considerar esta como a fonte quase exclusiva do Direito. Neste sentido, afirma MARTINS-COSTA: “a lei contida num código, que se justifica por si mesma, que é infensa a qualquer outra ordem de valoração salvo o critério da legalidade, sendo, por isso, inclusive incontestável aos direitos, maior conquista da Revolução – aí está plenamente construído o sistema fechado” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 178).

⁵² Destarte, a simplificação e a sistematização são os traços que distinguem o projeto moderno de Código dos anteriores, caracterizado pela ampla redução da complexidade. Segundo HESPANHA, essa simplificação pode ser observada em três níveis: a) *nível de simplificação sintática*: corresponde a uma simplificação no sistema das fontes jurídicas. Com a laicização e racionalização do Direito, ocorreu a exclusão de espaços normativos não legais, como a moral e a religião, separando o Direito das outras esferas, não por um processo de harmonização ou integração, mas pela exclusão dos demais setores pelo Direito, o qual expande seus critérios de legitimação sobre os outros espaços, “convertendo-se em centro e norma de reconhecimento de todas” (p. 150); b) *nível de simplificação semântica*: refere-se às valorações jurídicas, observando-se “a forma pela qual o Código opera (ou operou) a redução de princípios e valores jurídicos distintos a um conjunto internamente coerente, dominado por grandes axiomas, a partir dos quais é possível obter uma visão em macro-escala de todo o corpo do direito” (p.155). Ou seja, o Código pretende apresentar um conjunto internamente coerente de valores determinados que pretendem reduzir a complexidade axiológica que emerge da sociedade; c) *nível de simplificação pragmática*: refere-se às relações entre o sistema jurídico e seus usuários – sejam destinatários ou operadores. O projeto moderno, embora criasse uma relação assimétrica entre os usuários e o Código – já que os primeiros não eram legitimados a participar da elaboração deste –, tinha a pretensão de transformá-lo em um meio de comunicação acessível a todos devido à utilização de uma linguagem supostamente simples e de fácil compreensão (HESPANHA, Antonio Manuel. *Código y Complejidad*. In: CAPPELINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una Riflessione di fine millennio* (atti dell’incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000). Milano: Giuffrè, 2002. p. 149 - 164). Essas reduções, embora possam ter valores positivos – como a simplificação na apresentação da ordem jurídica e a harmonia interna decorrente da unicidade de fontes –, nem sempre foram bem sucedidas e podem ser alvo de muitas críticas. Não obstante, como bem lembra HESPANHA (p.156-158), ainda existe o questionamento acerca das vantagens da simplificação, seja esta feita pela via da codificação ou por outra, havendo divergências: alguns vêem a possibilidade e a vantagem em uma simplificação dessa ordem em um ordenamento jurídico coerente e estável; por outro lado, muitos declaram a periculosidade desses movimentos de redução da complexidade, seja ela axiológica ou normativa do Direito, defendendo a pluralidade dos catálogos de direitos humanos e a complexidade intrínseca dos valores humanos, o que, por sua vez, é combatido pelo argumento do excessivo localismo que impediria a comunicação ou normalização entre os plurais sentimentos de justiça - a qual seria justamente a tarefa do Direito.

⁵³ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. p. 132.

⁵⁴ A Escola da Exegese teve seu apogeu após a promulgação do Código de Napoleão de 1804. O exegetismo defendia que a legislação deveria ser elaborada num sistema normativo codificado, apresentando as vantagens da certeza e segurança ao entender que tudo o que se poderia buscar estaria nos textos. Bastava interpretá-los. Sob a influência dessa escola, “a interpretação jurídica dos textos de leis ganhou, então, absoluta relevância. Como

possíveis, o que contribuiu para aumentar ainda mais o distanciamento entre o Código – rígido, inflexível, com pretensão de perenidade – e a sociedade civil – complexa, maleável, em constante transformação.

Não obstante, pode-se afirmar que a concepção da dogmática como um método para a construção de um sistema jurídico, internamente coerente e unitário, com pretensão de completude, é a grande contribuição da Pandectista alemã. Esse sistema é apresentado na forma piramidal, no sentido em que regido por uma lógica formal e organizado a partir de conceitos abstratos, os quais deveriam ser enunciados livres de todas as particularidades e, deste modo, considerados aptos a estruturar o sistema. A abstratividade oferecida às categorias representava um importante papel na estabilidade da codificação, procurando oferecer-lhe caráter ahistórico e perene.

Tal preocupação de precisão conceitual da ciência jurídica tradicional teve grande repercussão, sendo, ainda hoje, possível identificar a tendência de se oferecer demasiado valor aos conceitos, tratando-os “como se eles fossem 'abram-se sésamos', ou expressões mágicas capazes de escancarar todas as portas e mostrar o que há escondido nos mais recônditos escaninhos do direito”⁵⁶. Não obstante, entende-se que “a abstratividade a torna [a matéria versada] descompromissada com os fatos da realidade, pois seu único compromisso é com suas próprias categorias conceituais”⁵⁷. O reconhecimento desses limites impulsiona uma tendência contemporânea dirigida à superação dessas concepções herdadas da Pandectista, para se reconhecer que as relações da vida real e as normas jurídicas preexistem aos conceitos, sendo muito difícil subsumi-las completamente nestes⁵⁸. Inclina-se a doutrina, portanto, para superação das definições com pretensões totalizantes, além de se orientar pela

todo o Direito transformara-se no corpo escrito legislado, era ali mesmo que se buscariam as regras de interpretação capazes de solucionar os problemas que surgissem. (...) O exegeta deveria entender os textos e nada mais e nesse trabalho tinha de descobrir a intenção (vontade) do legislador” (NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 55).

⁵⁵ O legalismo pode ser entendido como o movimento que passou a conceber a lei como a única fonte do Direito. “Sendo a lei a única fonte das decisões jurídicas, a resolução de um problema dar-se-ia, então, na conclusão de um silogismo, no qual a premissa maior seria a lei, a premissa menor seria o enunciado do fato concreto apresentado como problema a se solucionar, e a conclusão corresponderia à resolução do problema” (NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 55).

⁵⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. p. 34. Grifado no original.

⁵⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. p. 108.

⁵⁸ Nesse sentido, NORONHA assevera que “atualmente, tende-se a reconhecer que conceitos jurídicos, como contrato, direito adquirido, pessoa jurídica, etc., são apenas sínteses de princípios e regras jurídicas, com uma função meramente classificatória de tais princípios e regras” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 34). Conclui, constatando, com base nas lições de LARENZ, que “a mais moderna doutrina jurídica (...) tem assinalado que é absolutamente impossível captar e incluir por completo numa densa rede de conceitos a inesgotável diversidade das relações da vida, que sempre se acham em transformação” (*Idem*, p. 35).

adoção de uma postura crítica frente aos conceitos já elaborados, compreendendo que há necessidade de constante reavaliação das definições jurídicas apresentadas, já que são dados apenas operacionais que servem aos juristas e devem, portanto, acompanhar as transformações da sociedade em que estão imersos⁵⁹.

Outra característica merecedora de destaque é a pretensão de imutabilidade da legislação civil, decorrente do fato de se tomar o Código como um sistema fechado. Nesta esteira, as normas eram enunciadas com o objetivo de receber aplicação meramente subsuntiva, ou seja, a ocorrência da hipótese abstratamente prevista na norma deveria redundar na aplicação da solução predetermined. Outrossim, a passividade do órgão julgador frente à lei era entendida como necessária para a manutenção da segurança jurídica, dado que nesse sistema fechado não se admitia a utilização de formulações semânticas vagas ou que demandassem uma atuação mais ativa por parte do órgão julgador⁶⁰.

É possível identificar algumas idéias fundamentais que nortearam esse processo codificatório de matriz oitocentista, destacando-se: (a) reconhecimento de direitos subjetivos, dada a concepção individualista da vida que era prevalecente; (b) garantia dos princípios da liberdade e igualdade na base do Direito Civil; (c) localização da propriedade privada no núcleo do Código, oferecendo aos bens (especialmente os imóveis) e à apropriação privada dos meios de produção especial atenção; (d) projeção do contrato como forma de expressão da autonomia da vontade e elemento essencial à vida econômica.

Sublinhe-se que as Constituições desse período asseguravam os direitos fundamentais hoje denominados de primeira dimensão (ou geração), estabelecendo uma esfera negativa de proteção do cidadão contra a ação do Estado, garantindo liberdades, principalmente econômicas, objetivando assegurar que os indivíduos pudessem regular seus interesses autonomamente. Ao Direito Civil cabia, portanto, assegurar essa liberdade no plano

⁵⁹ Por certo, não se está referindo a uma rejeição ou desprezo total aos conceitos, os quais continuam sendo considerados importantes instrumentos a serviços dos juristas; apenas defende-se que são vistos, agora, como relativos e mutáveis, perdendo, por conseguinte, a idéia de perpetuidade e absolutismo que a Pandectista procurava lhes conferir.

⁶⁰ Explica-se, assim, a quase ausência de cláusulas gerais, por exemplo, nesse tipo de construção fechada, bem como a enunciação de princípios não como forma de abertura do sistema, mas restritos ao conjunto de referências internas do sistema. Nesse contexto, Jorge C. F. SILVA constata que “quando as normas faziam uso da expressão ‘princípios jurídicos’, geralmente ligados à idéia de ‘princípios gerais de direito’, faziam-no não visando abrir o sistema a eventuais influências emergentes, mas exatamente o oposto, fechá-lo soberanamente, identificando o modo último pelo qual se faria a colmatação das eventuais lacunas do corpo legislativo e remediando, assim, a ‘não-aceitável’ incompletude do sistema” (SILVA, Jorge César Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38-39. Grifado no original).

concreto, garantindo a não-intervenção do Estado nas relações privadas⁶¹. Além disso, deve-se perceber a importância que o poder político passa a oferecer também ao Direito Privado: é a primeira vez que o Estado preocupa-se em apresentar uma legislação abrangente e sistemática para o este ramo do Direito, seara antes reservada à não-intervenção estatal e deixada aos costumes⁶².

Importante ressaltar, por fim, que essa construção jurídica – atualmente alvo de muitas críticas - nem sempre esteve em descompasso com a realidade social: ela, de fato, correspondeu aos anseios da sociedade européia do final do século XVIII e século XIX, imersa em um ambiente de capitalismo comercial em franca expansão e liderada por uma classe burguesa ascendente, o que, em conjunto, apresentava críticas situações políticas e sociais aptas a derrubar as estruturas jurídicas antigas – já não mais correspondentes às necessidades do momento - e provocar a criação de todo um novo instrumental fundado em certas exigências coerentes com as concepções políticas, econômicas e filosóficas então vigentes. Tendo por objetivo precípuo a plena regulação da vida privada do burguês, esse sistema jurídico cumpriu a contento sua função na sociedade em que emergiu, servindo bem ao desenvolvimento do capitalismo comercial e à expansão da burguesia industrial do século XIX. Ademais, foi uma configuração altamente eficaz na difusão dos mitos que criou, aparecendo como a concepção dominante ainda hoje. Entretanto, embora possa ter respondido aos anseios da sociedade do Novecentos, é um modelo que se tornou incapaz de acompanhar as demandas da sociedade hodierna, cujas relações internas e exigências são bastante diversas

⁶¹ Nesse sentido, FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 87.

⁶² Essa colonização do Estado sobre a ordem jurídica não se restringiu, portanto, às matérias concernentes a coisa pública ou à administração dos bens públicos; ao contrário, invadiu todas as searas, públicas ou eminentemente privadas. Tanto é assim que a codificação que primeiro exprimiu esse conjunto de características modernas foi um Código Civil, o Código francês de 1804, destinado a regular as relações entre particulares, que, até então tinham suas normas ditadas pela esfera consuetudinária, forjadas no seio da sociedade civil. De fato, pode-se afirmar que a normatização estatal do Direito Privado é bastante significativa para expressar as amplíssimas dimensões da pretensão de dominação do fenômeno jurídico pelo poder político, o qual, querendo agir onicompreensivamente, não se restringiu a regular os assuntos de seu direto interesse, mas a totalidade do fenômeno jurídico. GROSSI resume essa operação da seguinte forma: “tinha-se plena consciência da enorme relevância do direito, de todo o direito, obviamente também do direito privado em uma cultura particularmente burguesa atentíssima à esfera patrimonial; conseqüentemente, tendia-se à sua monopolização por parte do poder; conseqüentemente, vinculava-se intimamente, quase indissolúvelmente, direito e poder; conseqüentemente, o direito, que por todo o transcorrer da civilização medieval foi dimensão da sociedade e, por isso, manifestação fundamental de toda uma civilização, torna-se dimensão do poder e por esse fica marcado na sua intimidade. Em outros termos, exaspera-se a dimensão autoritária do ‘jurídico’, exasperando também a sua alarmante separação do social”. GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. p. 63 - 64. No que concerne à elaboração estatal de um Código Civil, o referido autor entende que “*è infatti un modo tutto nuovo di concepire e risolvere la produzione del diritto e soprattutto in quella zona riottosa a ogni forma di ingerenza del potere che è stato per tutto l’antico regime il diritto della vita quotidiana del generico cittadino*” (GROSSI, Paolo. *Code Civil: uma fonte novíssima per la nuova civiltà giuridica*. p. 35).

daquelas que fizeram emergir o modelo clássico. Daí a importância da compreensão das características e críticas feitas ao projeto moderno, a partir do que se abre a possibilidade do delineamento de novas soluções jurídicas aptas a atender aos reclamos atuais.

1.1.3. A Principiologia Informadora do Contrato Moderno: o dogma da autonomia da vontade e seus reflexos

Aparecendo o contrato como o próprio fundamento da vida em sociedade, passa a ter um significado amplo, sendo considerado o eixo principal da sociedade liberal. Sua configuração nos Códigos modernos aparece em harmonia com os interesses e exigências da sociedade burguesa imersa em um ambiente capitalista, fundando-se no dogma da autonomia da vontade. De cunho marcadamente individualista e seguindo as tendências do liberalismo econômico, entendia-se que o contrato traria consigo equidade e justiça por sua própria natureza e lastro na igualdade formal, o que fundamentou a doutrina da ampla liberdade dos particulares na condução de seus negócios, com aplicação da idéia de que os homens conduzem suas vidas e constroem suas riquezas a partir da livre circulação dos bens no mercado.

Representativa dessa configuração contratual é a principiologia que a informa. Considerando, pois, que os princípios oferecem sólidas bases para o desenvolvimento teórico e jurisprudencial⁶³, ao expressar os fundamentos do modelo contratual de uma sociedade, tomar-se-ão, para explicitar os contornos da teoria clássica, os princípios que a sustentam.

Uma tríplice base principiológica estruturava a concepção clássica de contrato e, embora tenham perdido hodiernamente o absolutismo que lhes era marcante, são princípios que ainda influenciam intensamente a teoria contratual contemporânea. Foi, a rigor, o tripé principiológico adotado pelo Código Civil de 1916: liberdade contratual, obrigatoriedade e relatividade do contrato, sem aberturas para a mitigação interpretativa⁶⁴.

A rigor, pode-se afirmar que tais princípios eram corolários da autonomia da vontade, segundo a qual as obrigações têm por fonte a vontade das partes, tomada como elemento nuclear e matriz de legitimação da relação jurídica. No viés individualista, sendo o cidadão livre, entendeu-se que a ele era dado pactuar conforme seus interesses, caracterizando-se o contrato, sob o influxo de fatores de ordem política, econômica e social,

⁶³ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 119.

⁶⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 110.

como um acordo de vontades capaz de estabelecer um vínculo e produzir efeitos jurídicos. Assim, a autonomia vem entendida como o poder que possuem os indivíduos para reger suas relações jurídicas, com vistas à satisfação de seus interesses⁶⁵. E, nascendo a vinculação contratual da vontade das partes, restava à lei disponibilizar às mesmas instrumentos aptos a assegurar o cumprimento das obrigações tal qual pactuadas, limitando-se, portanto, a uma atuação supletiva.

Decorrencia da autonomia da vontade é a existência de um âmbito de liberdade individual, instrumentalizado no princípio da liberdade contratual, que abrange a faculdade de contratar ou de não contratar, de escolher o parceiro contratual e de fixar o conteúdo e os limites da obrigação, contando com a proteção do Direito para fazer respeitar o pactuado⁶⁶. De acordo com Orlando GOMES, a liberdade contratual “significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou obrigar-se”⁶⁷.

Assim, o contrato é considerado fonte do Direito na medida em que a vontade expressa pelas partes estabelece as regras que disciplinarão sua relação jurídica, demonstrando a supremacia da vontade e a subsidiariedade ou supletividade das normas civilistas, que apenas serão aplicadas em caso de omissão dos contraentes⁶⁸.

⁶⁵ A despeito da centralidade da autonomia da vontade, não foi prevista expressamente nem no Código Civil francês, nem no Código Civil brasileiro de 1916, muito embora o silêncio da lei não tenha impedido que a doutrina a considerasse um dos princípios reitores do Direito Civil. Assim, PONTES DE MIRANDA define a autonomia privada como “o autoregramento da vontade (...) que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum*, que a vincule” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. 3. ed. reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XXXVIII, p. 39).

⁶⁶ Do princípio da autonomia da vontade, entendido como “faculdade que têm as pessoas de concluir livremente seus contratos”, segundo Caio Mario da Silva PEREIRA, decorre a liberdade contratual, exercida e concretizada em quatro momentos fundamentais: (a) faculdade de contratar e de não contratar, ou seja, o arbítrio de decidir, de acordo com os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um contrato; (b) liberdade de escolher a pessoa com quem quer celebrar o contrato, bem como o tipo de negócio a efetuar; (c) poder de fixar o conteúdo do contrato, redigindo suas cláusulas de acordo com a conveniência dos contratantes, ressalvada a estrutura legal das espécies contratuais típicas; (d) concluído o contrato, o mesmo passa a constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho coator estatal para fazer respeitar o pactuado, assegurando sua execução. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 09 – 10).

⁶⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

⁶⁸ LIMA MARQUES apresenta os estudos realizados pelos alemães KOENDGEN e KRAMER, para quem a liberdade de contratar teria preenchido três grandes funções à época do liberalismo: (1) “permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado, utilizando, assim, de maneira *optimal*, as potencialidades da economia, baseada em um mercado livre, e criando, assim, outra importante figura: a *livre concorrência*”; (2) nesse contexto, “deveria ser assegurada a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, ficando apenas adstrito à observância do princípio máximo: *pacta sunt servanda*”. A amplitude dessa liberdade pressupõe aceitar que a obrigação é limitada a determinado ato e determinado tempo, ganhando importância o consenso, o conteúdo e os limites da vontade, interna ou declarada;

Os limites dessa manifestação de vontade, quando concebidos, são pontuais e aparecem com feição meramente negativa⁶⁹, no sentido de simples proibições que assinalam, desde o exterior, os contornos dentro dos quais a liberdade contratual pode se expressar. Geralmente as exceções ficam por conta de menções à ordem pública e bons costumes, ou às regras protetivas da própria vontade, como, por exemplo, as regras sobre capacidade, o que possibilita a afirmação de que haveria liberdade de contratar dentro dos limites imperativos estabelecidos em lei⁷⁰. Além disso, são requisitos de validade do contrato a manifestação livre de vícios de vontade, que recaia sobre objeto lícito e possível, adotando forma prescrita ou não defesa em lei. Importante salientar que, assim sendo, não se admite que a liberdade contratual esteja sujeita a vínculos positivos⁷¹, ou seja, a prescrições que imponham ao sujeito, contra a sua vontade, a adoção de um certo comportamento, de determinadas condições, ou mesmo a realização de dado contrato, posto que ao poder público cabe não interferir na livre escolha dos pactuantes, seja a que título for.

Reflexos da liberdade contratual⁷² são a liberdade de forma das convenções, com a possibilidade de livre estipulação de cláusulas por parte dos contraentes, além da faculdade de criação de novos tipos contratuais não previstos na Lei.

Defende-se, assim, um amplo campo de autonomia aos indivíduos que, embora criticável pelos excessos a que conduziu, foi importante para o desenvolvimento do capitalismo.

(3) função protetora: o Estado deveria abster-se de qualquer interferência nas relações individuais. “Assim, se o indivíduo era livre e tinha a possibilidade de se auto-obrigar, tinha direito também de se defender contra a imputação de outras obrigações para as quais não tenha manifestado sua vontade” (LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 61).

⁶⁹ Assim, ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 32.

⁷⁰ Nesse sentido, GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24. Anota-se, aqui, a dificuldade em definir o que seja “ordem pública”. Orlando GOMES apresenta o conceito de DE PAGE, afirmando que “a lei de ordem pública seria aquela que entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade” (*Idem*, p. 24). Do mesmo modo, a expressão “bons costumes” carece de uma conceituação mais precisa, referindo-se, de acordo com PEREIRA, àqueles “que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país e mesma época”, ressaltando-se, também aqui, a dificuldade de uma conceituação precisa (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. p. 11). Por certo, havia limitações à liberdade de contratar dadas pelas condições psico-físicas dos sujeitos, como lembra ROPPO, os quais, não estando em condições de exercer a liberdade conscientemente, corriam o risco de vê-la “virar contra si-próprios”, como é o caso dos menores e das pessoas com problemas mentais (ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 33). De fato, as maiores resistências surgiram relacionadas às tentativas de estabelecer limites decorrentes de causas não biológicas, mas sociais e econômicas.

⁷¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 32-33.

⁷² Registre-se uma distinção que se generalizou no âmbito civilista: entre liberdade de contratar e liberdade contratual, a primeira entendida faculdade de celebrar ou não um contrato, e a segunda, como a possibilidade de estabelecer o conteúdo do pacto.

À essa liberdade tendencialmente ilimitada corresponde uma responsabilidade de igual monta, pois, tomando-se a vontade como a força principal a vincular os indivíduos, uma vez manifestada, ficam as partes adstritas ao cumprimento daquilo que convencionalmente estabeleceram, independentemente das circunstâncias estabelecidas, ou seja, *pacta sunt servanda*. Reconhecendo a vontade manifestada como originária de cidadãos livres e iguais, ao contrato é reconhecida força de lei entre as partes⁷³, com o que se fixa a intangibilidade do pacto⁷⁴, que não pode ser alterado por qualquer das partes – a não ser através de outro acordo de vontades - nem seu conteúdo pode ser objeto de revisão judicial. Esse princípio também recebia limites apenas negativos, restritos às hipóteses de caso fortuito e de força maior⁷⁵.

ROPPO ressalta que, além do substrato ético, o princípio da obrigatoriedade apresenta importante conteúdo econômico, dado que o rigoroso respeito aos acordos assumidos é condição para que as operações de circulação de riqueza desenvolvam-se de modo eficiente conforme a sua própria lógica, sem frustrar expectativas e previsões legítimas dos operadores, o que é necessário para garantir o proveito individual e o funcionamento do sistema consoante a racionalidade da época⁷⁶.

Corolário dos princípios anteriores é a relatividade dos efeitos do contrato, dado que, sendo os indivíduos livres para contratar ou não, para escolher o parceiro e fixar o conteúdo do contrato, os efeitos advindos desse liame somente podem vincular as partes que manifestaram sua vontade, não podendo aproveitar ou prejudicar terceiros: *res inter alios acta*

⁷³ Nesse sentido, o já mencionado artigo 1.134 do Código civil napoleônico, cuja fórmula é transmitida para outros códigos, como, por exemplo, para o artigo 1.372 do Código Civil italiano de 1942, assim redigido: “Art. 1372. *Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”. Comenta REALE que “Clóvis Beviláqua, ao redigir o seu Projeto do Código Civil brasileiro, considerou acertadamente dispensável declarar no capítulo sobre as disposições gerais dos atos jurídicos (arts. 81 e s. do Código vigente [leia-se, do Código Civil de 1916]) não por ignorar o papel decisivo da autonomia da vontade na instauração dos negócios jurídicos, mas por julgar princípio teórico e não matéria de legislação” (REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. p. 90).

⁷⁴ Sobre a intangibilidade do contrato, decorrente do princípio da obrigatoriedade, afirma Orlando GOMES que “as cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrerem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para a decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo” (GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 36). Tal conclusão é justificável no sistema liberal, pois a intervenção judicial para a modificação do conteúdo dos contratos, mesmo que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes, feriria a própria liberdade contratual.

⁷⁵ Em geral, a distinção que a doutrina apresenta identifica a força maior com fenômenos naturais, independentes da ação humana, e o caso fortuito como aquele fato ou ato que é alheio à vontade das partes, como motim, greve, guerra, etc. Ambos possuem idêntica força liberatória, isentando o devedor de qualquer responsabilidade. Atualmente, estão previstos no artigo 393 do Código Civil de 2002, cujo parágrafo único não faz qualquer distinção entre uma ou outra figura.

⁷⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 35.

*aliis nec nocere prodesse potest*⁷⁷. Na mesma linha dos demais princípios, este não é absoluto, havendo algumas exceções pontuais, como a estipulação em favor de terceiro⁷⁸, contrato por terceiro⁷⁹ e o contrato com pessoa a declarar⁸⁰.

Observa-se que nesse sistema contratual centrado na autonomia da vontade não havia lugar para se perquirir sobre a igualdade material ou justiça substancial das relações travadas. Com efeito, considerava-se que a justiça da relação seria naturalmente assegurada pelo fato de se garantir que o contrato adviria da livre manifestação da vontade das partes, as quais, situadas num plano de igualdade jurídica, determinariam o conteúdo e alcance do pacto conforme seus interesses. Isso leva ROPPO a afirmar que a liberdade contratual e a igualdade formal das partes são os pilares que sustentam a concepção moderna segundo a qual “dizer ‘contratual’ equivale a dizer ‘justo’ (*‘qui dit contractuel dit juste’*)”⁸¹. Tal fórmula revelava o que seria a expressão não só da prossecução dos interesses individuais, mas também do interesse geral da sociedade, dada a crença de que, deixando o mercado fluir ao sabor da livre iniciativa e interesses particulares, imune a intervenções autoritárias, estaria automaticamente coordenado e direcionado para a utilização ótima dos recursos e incremento geral da riqueza⁸².

Essa fora a concepção que dominou as codificações do século XIX e chegou ao início do século XX, sendo, em sentido amplo, o modelo que influenciou a codificação

⁷⁷ Ou seja, os atos concluídos por uns não podem beneficiar ou prejudicar outrem.

⁷⁸ Vem disciplinada nos artigos 436 a 438 do Código Civil brasileiro de 2002, e refere-se a um contrato entabulado entre duas pessoas, em que uma dessas deve conceder uma vantagem ou benefício em proveito de terceiro. Figuram nessa relação três personagens: o estipulante, o promitente e o beneficiário, sendo que este último não participa da avença, mas recebe um benefício dela decorrente.

⁷⁹ Previsto no artigo 439 do Código Civil brasileiro de 2002, trata-se de contrato no qual a prestação de um fato deve ser cumprida por terceiro não participante na manifestação volitiva que consubstancia o pacto. O devedor, nesse caso, deve trabalhar para que o terceiro realize o objeto da estipulação.

⁸⁰ O contrato com pessoa a declarar está regulado nos artigos 467 a 471 do Código Civil pátrio vigente, e é utilizado quando uma das partes reserva para si, no momento da conclusão do pacto, o direito de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes (art. 467).

⁸¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 35. Anote-se que o autor usa a expressão “liberdade de contratar”, substituída, porém, por liberdade contratual, que melhor expressa o sentido da frase.

⁸² Na mesma linha, ainda, ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 35 e 36. Interessante a menção a uma doutrina de sucesso à época, que entendia que a evolução do Direito seria um desenvolvimento do *status* ao contrato. Henry MAINE, em sua obra *Ancient Law*, descreve a forma como a sociedade evoluiu do *status* para o contrato, no sentido em que em tempos mais antigos os direitos dos indivíduos estavam fortemente relacionados à classe social à qual pertenciam. Maine entende que essa situação muda com a Modernidade, quando se passa a tomar os indivíduos como seres autônomos, livres para contratar e associar-se conforme sua vontade. Logo, diante do princípio da autonomia da vontade, o destino de cada indivíduo passa a ser fruto de uma escolha livre dos próprios interesses, iniciativa e vontade, cujo maior símbolo e instrumento de realização é o contrato. Os indivíduos, por conseguinte, independentemente de sua classe social, poderiam criar riquezas e ordenar amplamente suas vidas (MAINE *apud* ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 26). (FACCHINI Neto, Eugenio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. p.11-60. p.27).

brasileira de 1916 e grande parte da doutrina civilista do mesmo período. Pode-se afirmar que ainda hoje é uma configuração bastante privilegiada no âmbito do Direito Contratual civilista, observando-se que a maioria dos compêndios de Direito Civil faz referência, quando menos, aos dois princípios basilares do contratualismo clássico, quais sejam, a liberdade contratual (muitas vezes integrando-a ao princípio da autonomia privada) e a obrigatoriedade do pactuado. Além disso, observa-se grande sucesso na menção à relatividade dos efeitos do contrato como um princípio e à supremacia da ordem pública, a qual, quando não considerada princípio autônomo, vem trabalhada juntamente com a autonomia privada⁸³.

⁸³ Ao olhar rapidamente alguns manuais de Direito Civil brasileiro percebe-se quão grande foi a influência dessa concepção de contrato, sendo possível encontrar obras não tão antigas – e que ainda circulam pelos meios acadêmicos – nas quais o contrato é apresentado como fundado nos princípios contratuais clássicos, ou seja, em uma liberdade contratual limitada apenas pela ordem pública e bons costumes, na obrigatoriedade do pactuado e na relatividade dos efeitos do contrato. Em diversos manuais escritos há poucas décadas e reeditados nos últimos anos, os princípios contratuais são apresentados com uma explicitação bastante tradicional de seu conteúdo, referindo-se à sua configuração clássica, com tímidas menções às mitigações e alterações que esses significantes experimentaram ao longo dos tempos. Apenas a título exemplificativo, realizou-se uma breve pesquisa em alguns manuais de Direito Civil bastante difundidos nas bibliotecas de Faculdades de Direito brasileiras. Assim, Silvio RODRIGUES fundamenta o contrato nos princípios: (i) da autonomia da vontade, a qual aparece desdobrada em liberdade de contratar ou não e liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, “apenas limitada pela supremacia da ordem pública” (p.12); (ii) da relatividade das convenções e (iii) da obrigatoriedade do pactuado, principiologia esta que, segundo o autor, “ajuda a entender o mecanismo do contrato e precisar seu conceito” (p. 15). Ao tratar, brevemente, da evolução do contrato, afirma que esse quadro teórico sofreu algumas modificações, de modo que esses princípios perderam parte de seu prestígio com a intervenção do legislador na autonomia privada, destacando as leis da usura, do inquilinato e de luvas. (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. Vol. 3. 23ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1995). No mesmo sentido, Caio Mario da Silva PEREIRA, nas *Instituições de Direito Civil*, apresenta a autonomia da vontade e a obrigatoriedade como princípios contratuais, salientando que o primeiro princípio não é absoluto, pois deve observar as restrições impostas pela ordem pública. Ademais, aborda o tema da função social do contrato no sentido externo de reconhecimento da importante função econômica que o contrato exerce na sociedade, ao lado da sua projeção como fonte criadora de direitos. A evolução no entendimento da autonomia privada é tratada brevemente a partir da possibilidade de maior intervenção do Estado no contrato, atualmente, no sentido de “estabelecer restrições ao princípio da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado” (p. 12), o que é entendido no sentido de um “reforço” (p.13), na atualidade, da idéia de restrição da autonomia privada por razões de ordem pública. Ao falar em função social do contrato, afirma que esta se refere à “afirmação de maior individualidade humana. (...) Como fonte criadora de direitos, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por um momento, toda a força jurídica social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva esse impulso” (p. 05) (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997). Washington de Barros MONTEIRO, por sua vez, assevera que o contrato está assentado em três princípios fundamentais: (i) autonomia privada, que não é absoluta, dado que limitada pelo segundo princípio, qual seja, (ii) a supremacia da ordem pública; soma-se a estes (iii) o princípio da obrigatoriedade, considerado “limitado, tão somente, pela escusa do caso fortuito ou força maior” (p.09) (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 2ª parte. 26. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1993). Importante anotar, entretanto, que na 34ª Edição, de 2003, são acrescidos os princípios da função social do contrato e da probidade e boa-fé, sendo aquela entendida como decorrência lógica desta (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 2ª parte. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003). Já Alvaro VILLAÇA AZEVEDO apresenta os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, trazidos expressamente pelo Código Civil brasileiro de 2002, ao lado dos princípios da autonomia da vontade, da prevalência da ordem pública e da obrigatoriedade dos contratos, aos quais, entretanto, oferece uma concepção bastante tradicional (VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2002). Por outro lado, ao se fazer esse tipo de análise não se poderia deixar de notar que já é possível observar, contemporaneamente, mesmo nos manuais, o emprego de esforços direcionados ao tratamento da evolução da concepção tradicional de contrato desde a sua principiologia, abordando as transformações dos princípios clássicos e trabalhando com a inserção de outros princípios, de cunho social, na base do contrato. Sem que deixe de explicitar o conteúdo tradicional dos princípios em questão, nem que se possa

Importante evidenciar, assim, diante das transformações experimentadas pela sociedade - advindas de uma concepção diferente de Estado, com outras bases políticas, econômicas e sociais refletidas em novas configurações constitucionais -, a incapacidade da tradicional configuração contratual, assentada nos princípios clássicos, de dar conta da plenitude dos contratos travados na sociedade hodierna. Imprescindível, pois, contextualizá-la com as mudanças ocorridas desde a sua enunciação até o momento atual, reconhecendo-se a mitigação da autonomia privada e da obrigatoriedade do pactuado, além da possibilidade de projeção externa dos efeitos dos contratos sobre interesses de terceiros. Como suporte ao atual desenho contratual emerge outro conjunto de princípios, aptos tanto a mitigar a mencionada principiologia clássica, como a oferecer as diretrizes características do contrato contemporâneo.

considerá-la, em geral, isenta de algumas críticas, salienta-se a tentativa doutrinária de demonstrar a mitigação que a concepção tradicional experimenta, ao lado da inserção dos princípios contratuais sociais – no mesmo plano, e com igual importância. Apenas para citar alguns exemplos – e ainda mantendo-se a orientação de tomar manuais correntes na generalidade das bibliotecas jurídicas nacionais –, Maria Helena DINIZ, ao tratar dos princípios fundamentais do direito contratual, apresenta os princípios (i) da autonomia da vontade, “no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes” (p.32); (ii) do consensualismo; (iii) da obrigatoriedade da convenção; (iv) da relatividade dos efeitos do contrato e (v) da boa-fé, “intimamente ligado não só à interpretação do contrato (...) mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas, isto é, proceder de boa-fé” (p. 39). A função social do contrato, entretanto, não é abordada como um princípio autônomo, recebendo menção no âmbito das limitações ao princípio da autonomia da vontade (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 3: *teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003). No manual de autoria de Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO é oferecido destaque aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, além da equivalência material, buscando oferecer-lhes uma visão constitucionalizada. Ao lado desses princípios, trabalham também os tradicionais princípios da autonomia privada, força obrigatória do contrato e relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, procurando apresentar os novos delineamentos que os referidos princípios assumem (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005). Semelhantemente, Carlos Roberto GONÇALVES aborda os princípios tradicionais da autonomia da vontade, do consensualismo, da relatividade dos efeitos do contrato e da supremacia da ordem pública, em uma perspectiva que busca apresentar o conceito tradicional de cada um desses princípios, bem como esboçar, logo em seguida, algumas das principais alterações experimentadas ao longo do tempo, situando, ainda, no mesmo plano, os princípios da função social do contrato e da boa-fé. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *O direito civil brasileiro*. Vol. III: *contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004). De fato, importante registrar que mesmo em obras escritas há mais tempo, por autores de vanguarda, é possível observar o reconhecimento da modificação do significado dos princípios contratuais clássicos. Neste sentido, poder-se citar a obra do Professor Orlando GOMES, reeditada diversas vezes, na qual aborda, como princípios fundamentais do regime contratual, a autonomia da vontade, o consensualismo, a força obrigatória, a relatividade dos efeitos do contrato e o princípio da boa-fé. Salienta-se que à autonomia da vontade é dedicada grande atenção, referindo-se tanto aos limites, como às derrogações e mutilações a que o referido princípio foi submetido ao longo dos tempos, bem como procurando delinear uma concepção adequada com as inovações existentes no momento em que elaborava sua obra. Merece destaque também, por um lado – criticável – a ausência de alusão ao princípio da função social do contrato, e, por outro – positivo –, a menção ao viés objetivo da boa-fé nos contratos – abordada como um princípio fundamental destes – e a referência às transformações no conteúdo do princípio da obrigatoriedade dos pactos. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002).

1.2. A CRISE DA TEORIA CLÁSSICA DO CONTRATO

Se o instituto jurídico do contrato aparece como representativo da jurisdicização das relações econômicas, operando no âmbito da circulação de riquezas, não se pode deixar de considerar que a sua configuração liberal - calcada na liberdade e igualdade formal - representa a conquista de um determinado grupo social – a burguesia – em um contexto marcado pelo capitalismo emergente, difusão de idéias liberais e rompimento com a ordem medieval e suas amarras, sendo, portanto, uma elaboração datada, que, respondendo aos anseios de uma conformação específica de sociedade, não pode ser tomada como categoria imutável.

Apesar disso, cumpre sublinhar que, no tocante ao estudo das obrigações e contratos, ainda pesa muito a herança do ideário liberal-positivista e suas tentativas de definir a *realidade jurídica* como algo que pode viver separadamente da realidade social, econômica ou política⁸⁴. Importante ressaltar, contudo, a imbricação existente entre Direito e sociedade: tanto o Direito sofre influências de quaisquer transformações da realidade, como modificações sociais são impulsionadas por alterações na ordem normativa⁸⁵. Assim sendo, há que se considerar a recíproca influência entre os aspectos sociais, econômicos, políticos e normativo-jurídicos, reconhecendo que a regulamentação das relações econômicas pelo contrato liberal não esgota as possibilidades de configuração do instituto, que evolui juntamente com a sociedade na qual se insere.

Faz-se mister reconhecer, ainda, que a disciplina legal dos contratos, para além da mera regulamentação das relações econômicas travadas em uma sociedade, possui também objetivos transcendentais. ROPPO adverte que a disciplina dos contratos não se limita a positivizar as regras ditadas pela natureza ou razão, configurando, antes, “uma intervenção positiva e deliberada do legislador, destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conformes aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar”⁸⁶. Desse modo, o Direito dos Contratos não se limita a revestir passivamente as relações econômicas travadas em uma sociedade, oferecendo-lhes uma

⁸⁴ Nesse sentido, PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 02.

⁸⁵ Nas palavras de PERLINGIERI: “a transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos (diversos daquele aspecto normativo em sentido estrito) significa a transformação da ‘realidade normativa’ e vice-versa” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 02).

⁸⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 22.

roupagem jurídico-formal; diversamente, procura determiná-las e orientá-las conforme os objetivos políticos do momento⁸⁷.

Portanto, importante analisar o Direito dos Contratos no contexto da sociedade na qual está inserido, sem ceder à idéia de que o Direito das Obrigações – as quais têm no contrato a sua principal fonte⁸⁸ – seria o ramo do Direito Civil mais refratário às alterações sociais⁸⁹. Embora se constate, historicamente, certa resistência em sua adaptação às novas demandas, não se pode pretender uma estabilidade milenar a este ramo do Direito, cujo significado e conteúdo já experimentou grandes modificações na medida em que os valores da sociedade na qual se inseria eram renovados.

A guinada experimentada pelo Direito dos Contratos atualmente está em tentar corrigir as injustiças a que conduziu o liberalismo, tendendo para a socialização, equilíbrio e justiça contratual. As grandes transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas durante o século XX fizeram emergir valores diferentes – não raro opostos aos que animaram as codificações do século XIX – tornando inaceitável a prática, por vezes observada, de tentar modelar ou reduzir os fatos decorrentes das novas exigências sociais aos antigos e tradicionais conceitos.

Com efeito, não se pode perder de vista que esse tipo de organização fulcrada na autonomia da vontade tem no Estado Liberal o ambiente ideal para seu desenvolvimento. Mudando a configuração de Estado e o modelo econômico adotado, alteram-se as condições espaciais onde as relações econômicas são desenvolvidas, o que, certamente, reflete na disciplina jurídica dos contratos. Percebe-se, por conseguinte, que o advento do Estado Social e o declínio do liberalismo econômico – dada a crescente intervenção do Estado em vários setores da economia – contribuíram para a crise da configuração clássica do contrato, bem

⁸⁷ Assim, ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 23. Tal constatação, segundo o referido autor, serve para exprimir a “autônoma relevância do contrato-conceito jurídico” relativamente à operação econômica (*Idem*, p. 24). Verificando que podem existir transferências de riqueza não mediadas pelo instrumento contratual, afirma que, por outro lado, não é possível se falar em contrato sem operação econômica que lhe sirva de substrato. No entanto, o conceito técnico-jurídico de contrato refere-se mais à formalização jurídica, ao conjunto de implicações ou conseqüências legais que o sistema jurídico oferece a uma certa operação econômica, do que ao plano fenomenológico da operação econômica. Portanto, entende que “se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato operação-econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representam por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir” (*Idem*, p. 09).

⁸⁸ Neste sentido, GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 30.

⁸⁹ GOMES, Orlando. O sentido das transformações. In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 06.

como impulsionaram um repensar desse instituto, buscando sua readequação aos valores e interesses que passaram a vigor na sociedade⁹⁰.

Outro fator que fez sentir a necessidade de rever a tradicional concepção de contrato foi a massificação social. A crescente industrialização e urbanização da sociedade, com crescimento exponencial da população, a qual abandonou os campos e migrou para as cidades, somada à concentração capitalista e ao surgimento de grandes empresas transnacionais fizeram surgir novas condições sociais, cujas relações travadas conduziram à criação de diferentes figuras contratuais não mais adaptáveis aos contornos da clássica teoria contratual. Com a massificação dos contratos – da qual o maior exemplo é o contrato de adesão – percebeu-se que, em muitos casos, ao menos um dos três pilares tradicionais dos contratos – liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e relatividade de seus efeitos – não estava presente, pois a celebração do acordo ocorria sem uma liberdade material (mantida apenas a liberdade de aderir incondicionalmente à proposta apresentada). Além disso, para LÔBO, as formas massificadas de contrato são marcadas pela sua “despersonalização” e “automatização”, dado que são relações em que há certa dificuldade na clara identificação dos sujeitos envolvidos (que não se conhecem), os quais efetuam relações anônimas através de instrumentos como *tickets*, bilhetes e bônus⁹¹. Percebe-se, assim, a emergência de uma crise que recaiu sobre a própria estrutura liberal do contrato, não mais capaz de refletir amplamente a realidade fática⁹², dadas as mudanças experimentadas na forma de contratar.

Outrossim, deixou o Código Civil de figurar no centro do ordenamento jurídico, ocupado pela Constituição, a qual avoca princípios gerais aplicáveis a todas as matérias antes tratadas exclusivamente pelo Código Civil ou deixadas ao sabor da autonomia da vontade. De fato, as Constituições, antes preocupadas com a organização do Estado e praticamente indiferentes às relações interprivadas travadas na sociedade, passaram a incorporar normas tradicionalmente civis⁹³, ao lado de princípios gerais aplicáveis à leitura do Direito Civil. É a

⁹⁰ Logo, embora a função explícita do contrato seja a de circulação de riquezas, não é possível desconsiderar o modelo de organização social e da ordem econômica de cada momento, os quais, em grande medida, determinarão as linhas mestras da regulação contratual.

⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. p. 21.

⁹² Fala-se “amplamente” por se considerar que o modelo de contrato paritário ainda existe, embora, atualmente, pareça que o contrato massificado esteja mais próximo da regra do que da exceção.

⁹³ Nesse sentido, constata TEPEDINO: “Família, sucessões, propriedade, empresa, relações e política de consumo, são temas analiticamente dispostos na Constituição Federal que, dessa forma, fixa normas jurídicas hierarquicamente superiores, a impor uma reletura de todos esses setores do direito civil – queriam ou não os nostálgicos do *ancien régime*” (TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 202).

Constituição, portanto, que passa a oferecer a tábua axiológica condicionante da interpretação de todo o Direito infraconstitucional⁹⁴.

De fato, justificando-se em causas diversas, é plenamente aceito que as condições sociais, refletidas nas relações interprivadas, não mais coincidem com as perspectivas oitocentistas calcadas em uma concepção abstrata de indivíduo, partícipe de contratos pautados na igualdade meramente formal, e que o tripé principiológico clássico e sua lógica individualista não são mais capazes de resistir ao confronto com a realidade. E, sendo o Direito um produto social, parece inquestionável que não está recluso em si mesmo, respondendo às configurações sociais, que, uma vez modificadas, resultam em alterações correspondentes no âmbito de sua disciplina jurídica. Paradoxalmente, é interessante observar que, diariamente, continua-se empregando expressões como “liberdade contratual” e “autonomia da vontade” como se possuidoras de um significado imutável, pertencentes à ontologia do contrato, e, portanto, elementos essenciais à sua caracterização, tal qual estivessem mantidas as condicionantes culturais que as engendraram⁹⁵.

⁹⁴ Cumpre mencionar, ainda, que alguns autores contemporâneos consideram que houve uma transição paradigmática, passando a sociedade do paradigma moderno para o pós-moderno, o que teria acarretado um conjunto de modificações ao fenômeno jurídico, com reflexos, certamente, no Direito dos Contratos. Assim, a pós-modernidade, marcada por valores diversos daqueles que orientaram as grandes codificações e teorias oitocentistas, influenciaria também o Direito, exigindo a conformação da legislação e sua interpretação às suas orientações, características do momento atualmente vivenciado pela humanidade. Deste modo, se a modernidade aparecia marcada pelos valores do individualismo, do universalismo e da autonomia racional, com promessas de igualdade, liberdade, paz e dominação da natureza, tendo como mediações o Estado, o Direito e o capitalismo, a pós-modernidade aparece com o sentido de descrença nessas grandes promessas modernas, nos seus valores e nas suas mediações. A incredulidade com relação aos meta-relatos abrange a fragmentação (nada mais é visto como universal), a valorização da diferença, do outro, e, mesmo, da emoção, em contraposição ao valor exacerbado da razão moderna. Neste sentido, BALLESTEROS identifica na pós-modernidade os seguintes valores: “pluralismo cultural, ecumenismo, anti-etnocentrismo e anti-racismo, descolonização e anticolonialismo, pacifismo, ecologismo, feminismo, inalienabilidade de direitos (humanos), antipatrimonialismo e antivoltarismo” (*apud* FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado*. p. 25). Trata-se, portanto, de uma crise do paradigma moderno que alcança também o Direito, exigindo sua conformação. LIMA MARQUES entende que esse seria um período de mudanças políticas, sociais e legislativas: “se a realidade denominada pós-moderna é a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópic, do ceticismo quanto às ciências, quanto ao positivismo, época do caos, da multiplicidade de culturas e formas, do direito à diferença, da euforia do individualismo e do mercado, da globalização e da volta ao tribal, é também a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações de comunicação irrestrita, de informatização e de um neoconservadorismo” (LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p.173). A referida autora entende que esse conjunto de circunstâncias pós-modernas decreta a insuficiência do modelo contratual liberal, forçando a evolução dos conceitos do Direito a ponto de propor uma nova configuração de contrato, mais influenciada pelo Direito Público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos (*Idem*, p. 168). No mesmo sentido, NALIN dedica-se, em sua tese de doutoramento, à busca do conceito pós-moderno de contrato, a partir da constatação da superação do conceito moderno de contrato, baseado na vontade dos contratantes, e de sua necessária desconstrução, com reformulação de um conceito capaz de se adaptar às atuais exigências pós-modernas (*In*: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Do contrato: conceito pós-moderno*. *Passim*).

⁹⁵ Nesse sentido, NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1- 4. Considerando que atualmente há um amplo reconhecimento da necessidade de rever o âmbito da autonomia privada no campo das relações jurídicas patrimoniais, NEGREIROS verifica, porém, que “fala-se em ‘limites’ à soberania da vontade individual, ‘restrições’ à liberdade contratual, ampliação do conceito

É esse apego dos juristas ao desenho clássico do contrato e à configuração tradicional de seus princípios que explica o fato de que as teorias contratuais contemporâneas geralmente aparecem qualificadas como “novas”, o que, a rigor, não seria necessário, dado que “novos” são os tempos, a sociedade, suas demandas, as relações nela travadas e as pessoas a que se destinam. De fato, embora se observe certa resistência no reconhecimento do condicionamento histórico das categorias e princípios do Direito Civil, é certo que esse ramo do Direito é tão suscetível às transformações de ordem cultural, econômica, política ou filosófica quanto os demais. Assim, é possível adjetivar de “nova” a teoria contratual contemporânea para, didaticamente, destacar as profundas alterações experimentadas pelos tradicionais conceitos jurídicos aplicáveis ao Direito dos Contratos. Porém, reconhecendo-se a historicidade e, por conseguinte, relatividade dos conceitos jurídicos, isto sequer seria necessário, pois tal entendimento, nas palavras de TEPEDINO

rompe com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, obriga-nos a considerar sempre em mutação nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas. E, sob esse ponto de vista, nem mesmo precisaríamos recorrer ao adjetivo *novo* para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, em homenagem à retórica ou – vá lá – à didática, enfatizar as transformações ocorridas nesta mesma dogmática⁹⁶.

É possível constatar que as grandes construções teóricas do Direito Civil passaram (e continuam passando) por um processo de revisão iniciado já no século XX. Assim acontece com as teorias gerais – como a teoria do negócio jurídico fundado na autonomia da vontade –, com a propriedade como direito absoluto e ilimitado, dentre outros, alcançando também o contrato pautado na autonomia da vontade, obrigatoriedade e relatividade de seus efeitos⁹⁷. Reconhece-se hoje, por exemplo, a função social da propriedade e do contrato; revisa-se a concepção moderna abstrata de sujeito e a autonomia da vontade tendencialmente ilimitada; observa-se uma orientação no sentido da ampliação dos casos de responsabilidade objetiva; há um grande desenvolvimento dos direitos de personalidade e mudanças importantes no direito

de ordem pública, regimes ‘especiais’ ou ‘excepcionais’ de tutela da parte fraca em certas relações contratuais, supondo-se, que, afora intervenções pontuais, o significado e a função do direito civil permanecem indissociavelmente ligados à proteção de interesses privados, cujo conteúdo compete aos próprios indivíduos determinar, melhores juízes que são de seu próprio bem-estar. Ou seja, mesmo quando se procede à contextualização da autonomia privada, e são identificadas as mudanças causadas pela evolução histórica, permanece a tendência de circunscrever estas mudanças a uma dimensão exclusivamente quantitativa, pondo-se de parte a possibilidade de o relativismo histórico das categorias e teorias jurídicas as comprometer essencialmente” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos*. p. 5).

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. p. 200.

⁹⁷ Assim, WIEAKER, Franz. *História do Direito Privado*. 3. ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 719.

de família tendentes a expressar a primazia dos atributos existenciais da pessoa em relação à proteção do patrimônio.

A rigor, todos os institutos clássicos do Direito Civil foram perdendo seu caráter abstrato e generalizante, cedendo espaço a disciplinas legislativas mais específicas e concretas, processo ao qual o direito contratual civilista, antes centrado no Código Civil, não ficou imune.

Assim sendo, não é extraordinária a afirmação de que o Direito Civil contemporâneo – do século XXI – está distante do modelo codificado pensado na realidade do século XIX. A ênfase às mudanças, porém, parece ser necessária dada a força dos postulados liberais, que ainda hoje sustentam a crença no “sistema científico oitocentista e no seu propósito de construção de um Direito à prova do tempo, dada a sua coerência e precisão dogmáticas”⁹⁸. Não fosse essa reminiscência, nem faria muito sentido sublinhar constantemente um fato que é mera consequência da evolução natural da sociedade com o passar dos tempos⁹⁹. Nessa linha, afirma Orlando de CARVALHO que “nenhum direito ou ramo de direito admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação. Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*”¹⁰⁰.

Esse descompasso entre a teoria contratual tradicional e as demandas da sociedade contemporânea no âmbito contratual já levou diversos autores a atestar a crise do contrato, falando-se em declínio ou mesmo na “morte” do instituto¹⁰¹⁻¹⁰². A rigor, contudo, de declínio não se trata, mas de mero descompasso das exigências atuais com os postulados clássicos, o que acarreta um conjunto de profundas transformações visando a adequação do instituto às demandas contemporâneas¹⁰³. O contrato continua sendo um instituto central do Direito Civil, indispensável

⁹⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 08. A autora acrescenta que “as categorias abstratas e generalizantes típicas da civilística tendem a ser vistas como aptas a conservar a neutralidade desse ramo do Direito diante das injunções políticas e econômicas, mantendo-o, no limite, infenso às conjunturas históricas” (*Idem, ibidem*).

⁹⁹ Assim, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 08.

¹⁰⁰ CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. actual. Coimbra: Centelha, 1981. p. 50-51.

¹⁰¹ Nesse sentido, a sempre mencionada obra de Grant GILMORE, *The Death of contract*. TEPEDINO também se refere à sentença de Josserand, “segundo o qual os contratos se tornam menos e menos contratuais”, e à observação de Renè Savatier: “*Elle était si belle et si simple la notion du contrat dans le Code...*” (TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. p. 202).

¹⁰² LÔBO, parafraseando a expressão inglesa, afirma: “o contrato está morto; viva o contrato!”. E acrescenta: “morto por consumpção ou senectude ou caído no letargo que precede a morte, e ainda não percebido por muitos juristas, é o paradigma liberal do contrato, que não consegue ressuscitar apesar do admirável esforço realizado pelos pandectistas de ontem e de hoje” (LÔBO, *Contrato e Mudança Social*. Revista dos Tribunais. Ano 84. Dez./1995. Vol. 722. p. 40 – 45. p. 42).

¹⁰³ Assim afirma ALTERINI: “*ahora bien. ¿Está en crisis el contrato? Se dice: ‘El contrato desaparece. Perece. Otra cosa se coloca en su lugar. (Savatier). Se agrega: El contrato está en crisis. Crisis puede*

no trato das relações jurídicas; com efeito, pode-se afirmar mesmo a ampliação da utilização do contrato na sociedade hodierna¹⁰⁴. Sublinhando a importância deste, atesta LÔBO que

na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconsciente, para a satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços. A sociedade de massa, neste final de século XX, multiplicou a imputação de efeitos negociais a um sem número de condutas, independentemente da manifestação de vontade dos obrigados. O contrato é, pois, fenômeno onipresente na vida de cada um¹⁰⁵.

A crise do contrato, dessarte, refere-se à insuficiência do projeto moderno codificado dar conta da complexa realidade contemporânea, o que é explicável pela sua historicidade, segundo a qual “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”¹⁰⁶.

Reconhece-se, portanto, que o contrato está em crise; mas, nas palavras de NALIN, esta crise “é um estado de angústia na procura de uma identidade com os tempos atuais”¹⁰⁷. Trata-se, assim, de uma crise de transformação apta a propiciar um rejuvenescimento do contrato, harmonizando-o às configurações atuais da sociedade e da ordem jurídica.

Ressalte-se, igualmente, que a afirmação das crises e modificações experimentadas pelo Direito Civil não recai apenas sobre mudanças isoladamente consideradas, ou de certos institutos, possuindo, ao contrário, um sentido global. É nesse viés que os esforços dos civilistas atentos às transformações e demandas contemporâneas inclinam-se para a identificação de um sentido axiológico comum capaz de oferecer unidade sistemática às disposições legais e às mudanças experimentadas. Nesse espaço, surgem propostas de ordem metodológica destinadas a promover uma aplicação sistemática do Direito Civil, orientada por princípios, reconhecendo tratar-se de um sistema aberto e dotado de unidade valorativa oferecida pela Constituição da República. Assim, afirma TEPEDINO que

*significar cambio. En realidad, ‘lo que a veces se denomina crisis del contrato – afirma Larroumet – no és nada más que una crisis de la autonomía de la voluntad’, o sea, del ‘derecho de los contratantes de determinar como lo entendían su relación contractual’ (Weill- Terré). No se trata de declinación o de crepúsculo del contrato, sino ‘de transformación y de renovación’” (apud TARTUCE, Flavio. *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007. p. 47).*

¹⁰⁴ No mesmo sentido, chamando atenção para o alargamento do campo de utilização dos contratos, LIMA MARQUES lembra que “não só o número de contratos concluídos é bem maior, em virtude do desenvolvimento da sociedade de consumo, como novos tipo de contratos foram criados (por exemplo, *leasing, franchising, factoring, know-how, hedging, shopping center*), demonstrando a maleabilidade e profundidade deste instrumento jurídico (LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 166).

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e Mudança Social*. p. 40.

¹⁰⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 24. O autor reconhece na historicidade do contrato a “relatividade do contrato”, o que seria aplicável, também, a todos os outros institutos jurídicos.

¹⁰⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 119.

parece-me chegada a hora de buscarmos uma definição de um conjunto de princípios ou de regras que se constituam em normas gerais a serem utilizadas não de forma isolada em um ou outro setor, mas de maneira abrangente, em consonância com as normas constitucionais, para que se possa, só então, e a partir daí, construir o que poderia ser uma nova teoria contratual ou – por que não? –, uma teoria contratual revitalizada, constitucionalizada, e até despatrimonializada, relativizada pela tensão dialética incessante entre a produção legislativa e a atividade econômica¹⁰⁸.

Sustenta-se, pois, que é a partir de uma releitura do Direito Civil à luz da Constituição e do projeto nela apresentado que se encontrará um sentido capaz de oferecer harmonia e coerência valorativa à miríade de transformações experimentadas pelo Direito Civil. Tal postura implica a localização da Carta no centro do sistema jurídico e impõe a substituição da clássica perspectiva individualista pela solidariedade social.

1.2.1. O Advento do Estado Social: outro modo de relacionamento entre público e privado

O Estado oitocentista assentado no liberalismo econômico caracterizava-se pela difusão da idéia de que a liberdade de atuação dos indivíduos seria a melhor forma de se atingir o equilíbrio do mercado e o desenvolvimento social. De fato, entendia-se que a estabilidade do mercado seria alcançada pela somatória da satisfação dos interesses pessoais dos membros da sociedade no livre exercício das forças atuantes no mercado¹⁰⁹. E, nesse sentido, quanto menor a intervenção do Estado na economia, tanto melhor: “não se admitia que o Estado interferisse na ‘ordem natural’ da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade”¹¹⁰.

Nesse tipo de Estado Liberal era bastante nítida a separação entre público e privado: as Constituições tratavam especialmente da organização do Estado, enquanto os Códigos Civis eram vistos como centros reguladores da vida privada, protegendo as garantias dos indivíduos e regulamentando suas relações cotidianas¹¹¹. O Estado, ao lado da afirmação dos direitos

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*. p.213.

¹⁰⁹ Destaca-se aqui a doutrina de Adam SMITH, um dos principais contribuintes da idéia do livre mercado, segundo o qual uma “mão-invisível” controlaria a produção e distribuição dos bens no mercado, bem como os preços dos produtos ofertados, conduzindo o mercado ao auto-equilíbrio sem necessidade de intervenções externas (SMITH, Adam. *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. 11.ed. 2002. *Passim*. Disponível em <http://www.gutenberg.org/etext/3300>. Acesso em 03 de setembro de 2007).

¹¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 16.

¹¹¹ Nessa esteira, atesta Maria Celina BODIN DE MORAES: “Nesse universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, o direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos” (BODIN DE MORAES, Maria Celina

políticos, preocupava-se com a proteção de um conjunto de direitos individuais que tinham como principal objetivo a proteção das liberdades individuais face ao Estado. Na esteira da idéia moderna de liberdade – entendida como ausência de impedimentos à ação individual e à fruição dos bens privados – a atuação do Estado, vista como ofensiva aos direitos dos particulares, devia se limitar ao mínimo necessário para a manutenção da vida em sociedade, a garantia da propriedade privada e do cumprimento dos pactos livremente ajustados. É uma configuração de Estado, portanto, marcada pela mínima intervenção na sociedade.

Ocorre, contudo, que as promessas de promoção da liberdade e igualdade formal dos indivíduos como meios para se alcançar a harmonia e o progresso da sociedade não foram satisfatoriamente atendidas. A igualdade formal não foi capaz de esconder a real desigualdade social e econômica, a qual, somada a fatores como explosão demográfica, concentração econômica, exploração da mão-de-obra e duas grandes guerras, entre outros, evidenciou a insuficiência do projeto moderno e a necessidade de se repensar o papel e a forma de atuação do Estado.

A Primeira Grande Guerra é apontada como o marco de câmbio na forma de atuação do Estado, o qual, de ausente, passa a intervir nas atividades econômicas travadas na sociedade¹¹², e, portanto, na seara antes reservada à autonomia dos particulares. Procurando fazer face aos problemas sociais decorrentes do individualismo exacerbado e da substancial desigualdade econômica e política, acrescidos da constatação da incapacidade dos mercados se auto-regularem¹¹³, novas atribuições passam a ser conferidas ao Estado, que experimenta uma profunda transformação em sua estrutura, surgindo o denominado Estado Social.

Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*. Ano 17, v. 65. São Paulo: RT, jul./set. 1993, p. 21-32. p. 22.

¹¹² Nesse sentido, COMPARATO constata que “o direito econômico nasce com a primeira guerra mundial, que representa de fato o fim do século XIX e o superamento de uma certa concepção clássica da guerra e da economia. (...) A economia, mais do que qualquer outra atividade tradicionalmente civil, transformou-se sob a ação do novo fenômeno bélico. Demonstrando que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, na fábricas e nos laboratórios, ao Estado não era mais indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada. Cumpria, ao contrário, submetê-los antes de tudo às exigências da guerra. Daí o surgimento de uma regulamentação abundante, estrita e minuciosa das atividades econômicas, que transforma em pouco tempo o panorama clássico do direito patrimonial, abolindo princípios, deformando institutos e confundindo fronteiras” (COMPARATO, Fábio Konder. *O Indispensável Direito Econômico*. Revista dos Tribunais. Ano 54, v. 353, São Paulo: RT, mar./1965, p. 14-26. p. 15). O mesmo autor aponta a crise da bolsa de New York, em 1929, como o fator que demonstrou, definitivamente, a incapacidade do liberalismo econômico produzir os efeitos desejados e impulsionou a mudança na atuação do Estado na sociedade (*Idem*, p. 16).

¹¹³ John Maynard KEYNES, um dos economistas mais influentes no período pós-guerra e grande defensor de uma mudança na atuação estatal, em 1926, em *The end of laissez faire*, já tecia acirradas críticas contra o liberalismo, afirmando: “it is not true that individuals possess a prescriptive ‘natural liberty’ in their economic activities. There is no ‘compact’ conferring perpetual rights on those who have or on those who acquire. The world is not so governed from above that private and social interest always coincide. It is not so managed here below that in practice they always coincide. It is not correct deduction from the Principles of Economics that

O Estado Social caracteriza-se, assim por ter uma função oposta à do Estado Liberal: se este era visto como um Estado mínimo, cuja abstenção era requerida, passa-se a exigir do Estado Social um papel ativo, de ampla intervenção na economia e nas relações travadas na sociedade, com vistas à promoção de uma maior igualdade sócio-econômica dos cidadãos¹¹⁴. Assume, portanto, outras funções de cunho social, em favor não mais apenas da proteção da liberdade formal dos indivíduos, mas das demandas comunitárias¹¹⁵.

Assim, na pauta das ocupações estatais são inseridas medidas de cunho nitidamente social, com vistas à superação (ou, ao menos, amenização) das dificuldades geradas pelo liberalismo. Logo, embora mantendo a proteção à igualdade formal, passa-se a atuar com vistas à promoção da igualdade material dos cidadãos; à liberdade tendencialmente ilimitada, são apostas restrições visando a proteção das grandes parcelas de hipossuficientes oprimidas pelo poder econômico dos mais fortes; no âmbito econômico, do mercado, são renovadas as motivações e criados instrumentos mais dinâmicos e efetivos para a promoção de um mercado sadio, dada a constatação do fracasso na sua auto-regulação; surgem legislações específicas e setoriais destinadas à proteção de determinadas frações da sociedade, como a dos trabalhadores, além de que direitos de cunho nitidamente individual, como a propriedade, passam a ter sua proteção funcionalizada ao cumprimento de deveres de cunho social. Ao lado da garantia de direitos aos cidadãos, impõe-se-lhes o cumprimento de deveres, expressando-se nas Cartas Políticas o objetivo de promoção do bem-estar social assumido pelos Estados.

Saliente-se, entretanto, que não há, com a adoção do modelo de Estado Social, uma desvinculação com a ordem social capitalista. O Estado permanece ligado a esta forma de

enlightened self-interest always operates in the public interest. Not it is true that self-interest generally is enlightened; more often individuals acting separately to promote their own ends are too ignorant or too weak to attain every these. Experience does not show that individuals, when they make up a social unit are always less clear-sighted than when they act separately” (apud NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. p. 68-69)

¹¹⁴ Nesse sentido, LÔBO: “o Estado Social (*Welfare State*) caracteriza-se justamente pela função oposta à cometida ao Estado liberal mínimo. O Estado não é mais apenas garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva mas a justiça social” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e Mudança Social*. p. 42).

¹¹⁵ Procurando caracterizar o Estado Social, BONAVIDES explica: “quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional, ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.208).

produção: se passa a atuar no tecido social como agente de implementação de políticas públicas, isso não significa a substituição do sistema capitalista por outro¹¹⁶.

Mantendo a possibilidade de iniciativa privada, aceitando-se o lucro e a propriedade privada, bem como a liberdade contratual, novos contornos são delineados aos direitos a partir de uma constante atuação do Estado na sociedade, revelando-se pela intervenção legislativa, administrativa e judicial, alcançando diversas atividades antes reservadas ao arbítrio dos indivíduos e expressando políticas tendentes à proteção de novos valores capazes de garantir um sistema de bem-estar social e reduzir concretamente as desigualdades sociais. Assim, embora mantidos os pilares da propriedade privada e liberdade contratual, sua proteção é funcionalizada ao atendimento de fins sociais.

Essa configuração estatal e a nova ordem de valores nos quais se assenta são assumidas pelas Constituições dos Estados. A própria estrutura das Cartas é modificada, pois, além da organização estatal, passam a incorporar normas promocionais dos objetivos sociais, bem como princípios orientadores da atuação pública e privada. De sintéticas, passam a analíticas, assumindo a orientação de amplos setores da sociedade; de Cartas “garantistas das liberdades formais, convertem-se em Constituições dirigentes, para a promoção da justiça social”¹¹⁷. E, se as primeiras Constituições que albergaram essa nova ordem social não possuíram grande eficácia na vida concreta dos cidadãos¹¹⁸, atualmente, com o reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais e as conquistas hermenêuticas do constitucionalismo contemporâneo, assumem a posição de verdadeiros centros de orientação axiológica, informando tanto a atuação do legislador na edição das normas ordinárias, quando a aplicação do Direito aos casos concretos e a ação do Estado e dos particulares.

A Constituição brasileira de 1988 expressa essa ordem de valores, adotando um modelo econômico característico do Estado Social. Paradigmático, nesse sentido, é o artigo 3º da Carta, que expressa a idéia de atuação estatal para a redução das desigualdades sociais ao

¹¹⁶ GRAU entende, inclusive, que essa mudança na atuação estatal foi necessária para a própria manutenção do capitalismo. Afirma que foi este que reivindicou uma atuação mais presente do Estado na economia, tendo em vista “sua própria integração e renovação”. “Essa estatização, pois, não configura passo no sentido de socialização/coletivização; antes, pelo contrário, o Estado, no exercício de sua função de acumulação, promove a renovação do capitalismo” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 22). E acrescenta que a intervenção estatal na economia “não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via de transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico” (*Idem*, p. 28).

¹¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e mudança social*. p. 42.

¹¹⁸ Assim aconteceu, exemplificativamente, com a Constituição Mexicana de 1917, a qual trazia um capítulo dedicado aos princípios aplicáveis aos direitos dos trabalhadores e à previdência social, ou com a Constituição de Weimar, de 1919, também programática, devido à falta de reconhecimento da força normativa de suas disposições, deixando-as na dependência de implementação pelo legislador ordinário ou por ato do Executivo. Nesse sentido, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 24-27.

estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹¹⁹. Já no artigo 1º da Constituição¹²⁰ aparece a opção do constituinte por um modelo econômico específico, ao inscrever, no inciso IV, entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa, princípio característico do modo de produção capitalista que tem como pressupostos a existência de propriedade privada, a liberdade de empresa, a liberdade de lucro e a liberdade de contratar¹²¹. Não obstante, imprescindível considerar o artigo 170 da Constituição¹²² que, ao mesmo tempo em que consagra a livre iniciativa, apresenta um rol de princípios conformadores da ordem econômica, adotando a justiça social como princípio estruturante desta atividade.

O que se observa, portanto, é que o Estado, de agente subsidiário, assume uma conduta ativa: “o Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais”¹²³. Sua intervenção é sentida em diversas frentes: torna-se prestador direto de serviços públicos ou age como empresário em alguns setores; apresenta vasta legislação tendente a diminuir o âmbito de autonomia privada dos particulares; fiscaliza e regula a atividade de diversos setores econômicos, enfim, marca sua presença no mercado e na sociedade, de modo que a intervenção passa a ser entendida como necessária para a própria manutenção daquele e concreção de uma sociedade capaz de promover o bem-estar dos cidadãos.

¹¹⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹²⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹²¹ Os elementos da livre iniciativa, fundamentados em nível constitucional, são, segundo BARROSO, os seguintes: (a) propriedade privada: CR, arts. 5º, XXII e 170, II; (b) liberdade de empresa: CR, art. 170, parágrafo único; (c) liberdade de lucro: CR, art. 170, IV; (d) liberdade de contratar: CR, art. 5º, II (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 394).

¹²² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 228.

Esse conjunto de fatores altera as bases do contrato: observa-se a utilização de instrumentos de dirigismo contratual pelo Estado, enfraquecendo e limitando muito os clássicos princípios contratuais e fazendo emergir novos princípios aptos a orientar a teoria contratual para a consecução dos objetivos assumidos pelo Estado. Além disso, há grandes mudanças nas formas de contratar – com a crescente massificação das relações contratuais – e até mesmo a função do contrato, antes entendido como mero instrumento para a circulação de riquezas, experimenta modificações e passa a ser social.

1.2.2. O Intervencionismo Estatal

Com efeito, a mudança na configuração do Estado mudou a forma de relacionamento do Poder Público com a sociedade. Se no modelo liberal as funções atribuídas ao Estado eram bastante reduzidas, cingindo-se à administração da justiça, segurança e serviços essenciais¹²⁴, no modelo Social amplia-se a atuação estatal, passando o Estado a assumir diretamente alguns papéis econômicos, visando tanto a correção de distorções mercadológicas causadas pelo liberalismo acirrado, quanto a prestação de atividades de cunho distributivista, com vistas à promoção do bem-estar dos membros da sociedade.

Embora se entenda que não é possível predefinir as formas de atuação estatal na ordem econômica, é corrente na doutrina a classificação de modalidades interventivas¹²⁵. Segundo BARROSO¹²⁶, é possível sistematizar os principais mecanismos de atuação estatal no campo da atividade econômica em três modalidades: atuação direta, fomento e disciplina.

A atuação direta refere-se à exploração de atividades econômicas pelo Estado e à prestação de serviços públicos, sendo que esta prestação pode ser feita diretamente pelos órgãos

¹²⁴ Nesse sentido, Adam SMITH afirma que o Estado Liberal tinha 3 papéis a cumprir: (a) proteger a sociedade da violência e da invasão por outros Estados; (b) estabelecer uma adequada administração da justiça; (c) realizar obras públicas e prestar certos serviços públicos economicamente desinteressantes para os particulares (citado por BARROSO. *Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica*. p.390).

¹²⁵ Diogo de Figueiredo MOREIRA Neto classifica a intervenção estatal em: regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória (MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 465). GRAU, por sua vez, procura precisar a diferença entre *atuação estatal* e *intervenção estatal*: a primeira possui, segundo o autor, um significado mais amplo, referindo-se à ação do Estado no campo da atividade econômica, enquanto a segunda, mais restrita, abrange apenas a atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Segundo essa classificação, o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação deste serviço, pois estaria atuando em campo de sua própria titularidade (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 82 – 91). Por sua vez, FACCHINI NETO distingue as formas de intervenção estatal na atividade econômica em intervenção direta e indireta (FACCHINI Neto, Eugenio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 27).

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica*. p. 395.

despersonalizados integrantes da Administração ou indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria, sejam públicas (autarquias) ou privadas (sociedades de economia mista ou empresas públicas), havendo, ainda, a possibilidade de delegação à iniciativa privada, mediante concessão e permissão. Cumpre considerar, nessa seara, o princípio basilar da livre iniciativa, do qual decorre a subsidiariedade da exploração de atividades econômicas pelo Estado, estampado no artigo 173 do Texto constitucional¹²⁷.

O fomento abrange “a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública”¹²⁸. DI PIETRO explica que a atividade de fomento é expressão do princípio da subsidiariedade da atuação estatal¹²⁹, de modo que o Estado, não devendo assumir todas as atividades de interesse geral, atua na ordem econômica apoiando e estimulando determinados comportamentos desejáveis. Instrumentos diversos podem ser empregados pelo ente estatal com este fim, citando-se, dentre eles, os incentivos fiscais destinados a estimular determinadas atividades consideradas benéficas para o desenvolvimento do país ou de dada região¹³⁰.

Já a atividade de disciplina liga-se às idéias de coordenação, controle, fiscalização e regulação, referindo-se, segundo BARROSO, à interferência estatal na atividade econômica mediante a edição de atos normativos e o exercício do poder de polícia¹³¹. FACCHINI NETO, denominando essa atividade estatal de intervenção indireta, afirma que a atuação do Estado, nesse âmbito, liga-se à “disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio (v. g., disciplina dos preços, do crédito, do setor de seguros, das atividades bancárias, etc.), além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (como a disciplina dos aluguéis, seus reajustes, renovação dos contratos, relações de consumo, etc.)”¹³². De fato, o Estado, exercendo a sua competência normativa, edita normas decisivas para o

¹²⁷ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Mencione-se, também, o artigo 177 da Carta, que estabelece os casos de monopólio da União, os quais constituem, igualmente, área para atuação direta do Estado.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 59.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 22.

¹³⁰ O exemplo é fornecido por BARROSO, que menciona, também, a elevação ou a redução da alíquota de certos impostos – principalmente aqueles não sujeitos ao princípio da anterioridade, como o IPI e o IOF – como importante atividade de fomento capaz de expandir ou retrair certo segmento da economia. BARROSO, Luís Roberto. *Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica*. p. 396. DI PIETRO acrescenta, além dos favores fiscais, as atividades de: (a) auxílios financeiros ou subvenções, por conta dos orçamentos públicos; (b) financiamento, sob condições especiais, para realização de obras destinadas ao desenvolvimento do turismo, da construção civil ou outros ramos de interesse público; (c) desapropriações que favoreçam entidades privadas sem fins lucrativos que desempenhem atividades úteis à sociedade (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 59).

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica*. p. 395.

¹³² FACCHINI Neto, Eugenio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado*. p. 27.

desempenho da atividade econômica, regulamentando sua atuação no mercado (a exemplo da Lei 8.078/1990). Além de que, no exercício de suas competências de cunho administrativo, atua editando decretos, resoluções, deliberações e portarias bastante relevantes em alguns setores¹³³.

Se em uma economia de mercado liberal essas formas de atuação estatal na ordem econômica eram rechaçadas, por entendê-las desnecessárias ao livre jogo das forças do mercado e ao seu equilíbrio, atualmente são consideradas indispensáveis para manutenção da higidez do mercado e consecução dos objetivos assumidos pelo Estado na Constituição da República. Referindo-se especialmente à atividade de disciplina, percebe-se uma ampliação no exercício dessa competência estatal, alastrando-se para os mais diversos setores econômicos e imiscuindo-se consideravelmente em disciplinas antes deixadas à livre regulação pelos particulares no exercício de sua autonomia privada. Essa disciplina tem ampliado as limitações à liberdade contratual, de empresa e à propriedade privada, funcionalizando sua proteção a fins sociais, com o objetivo de harmonizar interesses privados e da coletividade.

No âmbito do Direito dos Contratos cíveis essa disciplina mostra-se cada vez mais intensa, redundando no fenômeno denominado dirigismo contratual: limita-se a liberdade contratual das partes em função de interesses coletivos. É uma tendência que, a rigor, se espraia por todo o Direito Civil, tratando-se, nas palavras de TEPEDINO,

de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais¹³⁴.

1.2.3. O Dirigismo Contratual

No contexto do Estado Social torna-se inaceitável a teoria tradicional do contrato, “porque incompatível com uma função que ultrapassa a autonomia e o interesse dos indivíduos contratantes”¹³⁵. Por certo, sempre existiram limitações pontuais à liberdade contratual. Contudo, o “dirigismo contratual”, como oposição à liberdade e autonomia características do liberalismo econômico, surgiu a partir do primeiro pós-guerra, refletindo a nova política

¹³³ Cita-se, exemplificativamente, o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais, instituído pela Circular 3.280/2005 do Banco Central do Brasil.

¹³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 22.

¹³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e mudança social*. p. 42.

intervencionista do Estado nas relações econômicas: as limitações impostas à liberdade contratual, antes excepcionais e episódicas, passam, paulatinamente, a fazer parte da própria teoria do contrato, dada sua continuidade e abundância.

O dirigismo contratual surge, portanto, no contexto de uma economia dirigida¹³⁶ e é visto como um dos aspectos do intervencionismo estatal no domínio econômico¹³⁷. No Brasil, considerando-se que os parâmetros fundamentais para a compreensão da teoria dos contratos são dados pela Constituição da República de 1988, deve-se manter presente que a liberdade contratual tutelada é limitada pelos interesses sociais¹³⁸. Nessa esteira, o esforço a ser empreendido no âmbito do direito dos contratos está em acompanhar essas transformações, assumindo as novas diretrizes impostas pelo Estado em sua atuação normativa de modo que a disciplina das relações jurídicas seja feita com vistas à consecução da dignidade da pessoa humana – princípio central da Constituição de 1988 – e à concretização justiça social, consoante o mandamento constitucional insculpido no artigo 170 da Carta.

Inicialmente, o intervencionismo estatal nas relações obrigacionais deu-se pela fiscalização e controle de determinados negócios, bem como pela fixação de quotas e preços¹³⁹. Aos poucos, contudo, essa atividade intervencionista evoluiu, promovendo-se a edição de inúmeras leis limitadoras da liberdade contratual, seja com relação ao poder de estipulação das cláusulas contratuais ou do conteúdo de alguns contratos, que passou a ser ditado pelo Estado. Modificações advieram também na própria liberdade de conclusão do contrato, de escolha do tipo contratual ou do outro contratante. Efetivamente, o conjunto de limitações trazidas pelo dirigismo contratual provocou substancial abalo nas estruturas tradicionais dos contratos, tornando-se imprescindível sua análise para compreensão da atual realidade contratual.

Conforme já anotado, as Constituições dos Estados também experimentaram modificações e espelham a tendência ao dirigismo contratual, principalmente ao tratar da ordem econômica e social do país, âmbito no qual passam a facultar a atuação estatal, ainda que de forma supletiva. Com efeito, a regulação da atividade econômica possui importantes

¹³⁶ Nesse sentido, afirma LÔBO que “o dirigismo contratual parte da realidade de uma economia dirigida. Sendo o contrato instrumento jurídico de circulação econômica de bens e serviços, se a economia é dirigida o contrato é dirigido” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Dirigismo Contratual*. In: *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*. Ano 14. V. 52. São Paulo: RT, abr./jun. de 1990. p. 64-78. p. 65). Acrescente-se que este fenômeno insere-se, precipuamente e conforme a classificação supra-apresentada, na modalidade de intervenção por disciplina.

¹³⁷ Nesse sentido, entre outros: BITTAR, Carlos Alberto. *O Dirigismo Econômico e o Direito Contratual*. Revista dos Tribunais. Vol. 526. Ano 68. Ago/1979. p. 20 – 32. p. 24. Também: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 82-83, descrevendo o dirigismo contratual como uma espécie de atuação econômica em sentido estrito.

¹³⁸ LÔBO adverte que não se deve confundir interesses sociais com interesses “públicos”, no sentido de estatais. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Dirigismo Contratual*. p. 64.

¹³⁹ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p.253.

reflexos no regime dos contratos e a Carta brasileira, em seu artigo 170, elege a justiça social como princípio estruturante da atividade econômica. Desde logo, portanto, pode-se inferir que o contrato deve ter uma função social. Dessarte, é na Constituição que será possível encontrar as linhas mestras do dirigismo contratual, bem como os princípios que orientam a legislação ordinária, sua interpretação e aplicação aos casos concretos¹⁴⁰. E o que se observa, nesse sentido, é que a principal causa do dirigismo contratual, refletindo a mudança na estrutura do Estado, está no reconhecimento do predomínio do interesse social sobre o interesse meramente individual¹⁴¹.

Ao lado da mudança do papel do contrato, protegendo interesses que ultrapassam a tutela da autonomia privada dos sujeitos contratantes, imprescindível mencionar a emergência de novas formas de contratação capazes de colocar em discussão o tradicional desenho do contrato paritário fundado nos princípios liberais: a autonomia privada das partes, em muitos tipos contratuais contemporâneos é bastante reduzida, havendo limitações quanto à liberdade de determinação do conteúdo do contrato ou mesmo de sua conclusão, surgindo figuras como contratos de adesão, coativos e necessários, entre outros; também a intangibilidade dos pactos vem perdendo sua força absoluta, abrindo-se possibilidades de revisão judicial dos pactos em casos de desequilíbrio contratual; outrossim, reconhece-se a mitigação da relatividade dos efeitos do contrato, ao se aceitar que pode causar reflexos a terceiros. Conseqüentemente, quebra-se “a rigidez de certos princípios; atenuam-se certos conceitos e noções; admite-se a

¹⁴⁰ LÔBO apresenta um extenso estudo sobre as evidências do dirigismo contratual na Constituição brasileira de 1988, destacando-se os seguintes dispositivos: (a) arts. 5º, XXIII e 170, III: determinam que a propriedade terá uma função social. A propósito, acrescenta LÔBO que “se o contrato é o instrumento de circulação e distribuição desses bens, deve exercer idêntica função social” (p. 67); (b) arts. 5º, XXXII e 170, V: afirma a proteção do consumidor acima de outros interesses econômicos; (c) art. 7º: apresenta a impossibilidade de renúncia ou derrogação contratual dos direitos dos trabalhadores; (d) arts. 22 e 24: estabelece a competência da União para legislar sobre matérias que envolvam dirigismo contratual, bem como a competência concorrente dos Estados-membros em parte dessas matérias; (e) art. 148: traz a possibilidade de instituição de empréstimos compulsórios, que é forma de compulsão a contratar; (f) art. 170: estabelece a adoção do sistema de produção capitalista, mas delimitando a livre iniciativa pela justiça social e por outros nove princípios; (g) art. 173, par. 4º: reprime o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; (h) art. 174: apresenta o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, abrigando regra explícita e geral da possibilidade de intervenção estatal na economia e nas relações privadas; (i) art. 175: possibilidade a prestação de serviços públicos por terceiros, mediante negócios jurídicos de concessão ou permissão; (j) estipula que os contratos de transporte serão regulados e dirigidos; (k) art. 182, par. 4º: permite o parcelamento ou edificação compulsórios de imóveis urbanos não utilizados ou subutilizados, como regra decorrente da função social da propriedade; (l) art. 189: traz uma proibição de contratar ao fixar a impossibilidade de negociação dos títulos de domínio ou concessão de uso dos imóveis ligados à reforma agrária; (m) art. 225: traz, com vistas à proteção do meio ambiente, diversas normas restritivas da autonomia; (n) art. 231: estabelece a indisponibilidade das terras ocupadas pelos índios, de modo que os negócios jurídicos que sobre elas recaiam serão considerados nulos (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Dirigismo contratual*. p. 67-68).

¹⁴¹ É nesse sentido que LÔBO afirma que a causa do dirigismo contratual não foi a proteção do contratante economicamente débil; esta foi a consequência da primazia do interesse público sobre o privado, que foi a real causa do dirigismo contratual (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Dirigismo contratual*. p. 65 – 66).

ingerência de fatores externos nos contratos, limitando-se sensivelmente a participação da vontade individual no vínculo contratual”¹⁴².

Importante efeito do dirigismo contratual é a diminuição das normas supletivas ou dispositivas – características do contrato tradicional – e aumento das normas cogentes ou impositivas, pois, “visando afastar ou restringir a liberdade individual, apenas a cogência surte o efeito desejado pelo dirigismo”¹⁴³. De fato, o papel das normas supletivas vai diminuindo face à ampla regulamentação cogente ditada pelo Estado, seja proibindo condutas consideradas nocivas, seja promovendo a adoção de comportamento julgados benéficos ou ditando os parâmetros para conclusão de certos contratos, sempre com vistas à proteção do interesse social¹⁴⁴.

Reconhecidamente, pois, o dirigismo contratual apresenta-se como um fenômeno que vem acarretando consideráveis limitações à liberdade contratual, em seus vários aspectos. Limita-se a liberdade de conclusão do contrato, ou seja, a própria liberdade de escolher com quem e quando contratar, o que ocorre, preponderantemente, em razão da tutela de interesses de ordem social, como, exemplificativamente, nos casos de prestação de serviços públicos (v. g. água, luz, esgoto, transportes coletivos), nos quais as empresas são obrigadas a contratar com todas as pessoas que necessitem do serviço, em igualdade de condições.

Surgem, outrossim, restrições quanto à liberdade de determinação do conteúdo do contrato, seja quanto à liberdade de estipulação de cláusulas e condições contratuais pelas partes, seja quanto à possibilidade de afastamento dos dispositivos legais disciplinadores do tipo de contrato utilizado¹⁴⁵. Com efeito, o Estado passa a estabelecer normas cogentes, imperativas – e que, assim sendo, não podem ser afastadas pela vontade das partes – para disciplinar

¹⁴² BITTAR, Carlos Alberto. *O dirigismo econômico e o direito contratual*. p. 26.

¹⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Dirigismo contratual*. p. 69.

¹⁴⁴ LARENZ apresenta uma distinção entre limitações imanescentes ao próprio instituto contratual e limitações derivadas de princípios da economia dirigida. As primeiras abrangem “*casos em que el rehusar la conclusion de un contrato, es decir, el negar la prestación deseada, puede suponer la vulneración de un deber moral*” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 66). Engloba os casos de prestação de serviços públicos, quando os fornecedores estão sujeitos ao dever de fornecer o serviço a quem dele necessite. Com relação às obrigações de contratar impostas pelos bons costumes, cita o autor o caso do monopólio, no qual a empresa não pode se recusar a prestar serviços a um possível competidor, ou, outro exemplo, a situação do médico que não pode, sem fundamentação, deixar de atender um enfermo. São casos em que se observa a dependência de fato do sujeito à prestação de um serviço ou bem por uma determinada empresa ou pessoa. Ao lado dessas, haveriam as limitações derivadas de princípios da economia dirigida, as quais acarretam uma parcial derrogação da liberdade de contratar, mitigando a liberdade da economia de mercado e o princípio de liberdade contratual que a acompanhava (*Idem*, p. 71-72). LARENZ procura, com isso, diferenciar casos nos quais a obrigação de contratar independe de definição legal – imanescentes – e outros em que a limitação à liberdade de contratar está de acordo com o sistema jurídico orientado pela Constituição, mas que depende de regulamentação pelo legislador.

¹⁴⁵ Consoante classificação apresentada por LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Dirigismo contratual*. p. 69 – 72.

algumas ou muitas das condições de certos tipos contratuais. Se, nesses casos, mantém-se a liberdade de conclusão do contrato, decidindo-se pela contratação deve-se apresentar o seu conteúdo consoante as disposições legais.

Também a liberdade de escolher o tipo contratual sofre limitações: ao lado da clássica orientação do *numerus apertus* quanto à tipicidade contratual, atualmente casos há em que existe liberdade de contratação, mas não há abertura para escolha do tipo contratual, que vem determinado pela lei para algumas relações¹⁴⁶.

Percebe-se, a partir de certas formas de contratação típicas dos tempos atuais, que o contrato contemporâneo não mais se adapta ao modelo liberal, no qual a regra era o contrato paritário fundado na liberdade tendencialmente ilimitada das partes e na obrigatoriedade das convenções privadas, incidindo uma regulamentação legal meramente supletiva. Destaca-se algumas figuras que bem demonstram a amplitude do dirigismo contratual, sendo expressivas das mudanças que o contrato vem experimentando:

- (a) Contrato obrigatório ou coativo: “é aquele em que a lei obriga as partes a estipulá-lo sem alternativa ou a conservá-lo mesmo contra a vontade de uma das partes”¹⁴⁷. São exemplos o seguro obrigatório e a locação prorrogada por determinação legal.
- (b) Contrato necessário: resultante do “permanente estado de oferta contratual de certos sujeitos de direito, como as empresas concessionárias de serviços públicos”¹⁴⁸. Nesses casos, não há possibilidade de recusar a contratação, bem como de escolher a contraparte¹⁴⁹, além do que a intervenção do Estado na estipulação de regras coativas quanto ao conteúdo de tais contratos é bastante ampla, aumentando na medida da hipossuficiência da outra parte e da essencialidade do bem ou serviço em questão¹⁵⁰.
- (c) Contrato de adesão: é, por certo, a mais emblemática expressão da crise do modelo moderno de contrato, apresentando-se como uma figura na qual uma parte estabelece unilateralmente as condições do negócio, não em face de um determinado contraente, mas de toda a coletividade que pretender contratar com este que, por antecipação, dita

¹⁴⁶ É o caso dos contratos de *software*, por exemplo, que podem utilizar apenas dois tipos: licença e cessão. Ou nos contratos com fornecedores de bens e de serviços públicos, quando o tipo é único e o contrato, pré-determinado.

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29. Explicita o mesmo autor, em outro trabalho, que o contrato coativo é o contrato “ditado, imposto, forçado, constitui negócio jurídico que se realiza sem o pressuposto do livre consentimento das partes”: daí a discrepância dessa figura com a fórmula clássica do contrato lastreado na autonomia da vontade (GOMES, Orlando. *Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas*. In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 10-28. p. 19). Os exemplos também são fornecidos por Orlando GOMES, *Idem*, *Ibidem*

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 29.

¹⁴⁹ GOMES, Orlando. *Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas*.

¹⁵⁰ A observação é do mesmo autor (GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 29).

sua lei. À outra parte resta apenas aceitar, incondicionalmente, o bloco de cláusulas já formulado¹⁵¹. Com efeito, é um tipo de contrato que pode ser caracterizado pelo predomínio de uma só vontade que, unilateralmente, fixa os parâmetros do acordo¹⁵², evidenciando a fragilidade da parte mais fraca, o que torna necessária, muitas vezes, a intervenção estatal na prevenção ou repressão de possíveis abusos¹⁵³.

Há, ainda, autores que mencionam o contrato-tipo como uma figura característica das mudanças experimentadas pelo direito contratual. BESSONE explica que se trata de um contrato no qual as partes preestabelecem conteúdo para contratos futuros, que venham a ser concluídos:

a frequência das relações idênticas, entre determinadas entidades ou categorias de pessoas, sugere a adoção de normas *uniformes*, evitando-se repetidas formulações de textos virtualmente iguais. A *predeterminação do conteúdo* de contratos futuros simplifica a sua conclusão, que se realiza sem discussões pré-contratuais e através de rápida e fácil manifestação da vontade¹⁵⁴.

Percebe-se, portanto, consideráveis modificações nas relações contratuais travadas na sociedade contemporânea com relação àquela do Oitocentos, impondo um repensar do contrato, cujo modelo paritário assentado nos princípios clássicos não mais responde eficazmente às demandas contemporâneas. O fenômeno do dirigismo contratual já inseriu importantes modificações estruturais em nível legislativo. Este fato, somado à mudança na configuração do Estado, que de Liberal passa a Social, bem como o reconhecimento da

¹⁵¹ Antecipando a relevância e expressividade que esse tema adquiriria contemporaneamente, já no início da década de 70 Orlando GOMES apresentava as principais questões atinentes aos contratos por adesão, assim explicando: “Desde o momento em que a propriedade, na sua mais importante virtualidade, passou a se exercer sob a forma de empresa e esta ganhou largas dimensões, o empresário investiu-se no poder econômico, com importante parcela de autoridade no controle do processo de produção e distribuição da riqueza, inerente à sua posição social e com possibilidade de praticar atos que incidem poderosamente na esfera de interesses de numerosas pessoas. (...) Em termos jurídicos, [esse poder] patenteia-se no privilégio de determinar unilateralmente o regulamento dos negócios jurídicos que trava na persecução dos objetivos da empresa. Através de pactos de exclusividade, da fixação das condições de revenda das mercadorias que produz ou distribui, da transferência de riscos, da prefixação de preços e cotas de colocação dos produtos, impõe a sua lei, exercendo sobre outros o poder que a sua ascendência econômica enseja” (GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.37).

¹⁵² Segundo a definição de Orlando GOMES, “contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas” (GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. p. 03).

¹⁵³ Seria muito difícil enquadrar esse tipo de contrato nos parâmetros modernos, dada a verdadeira ausência de liberdade contratual da parte aderente, principalmente em se tratando de bens ofertados em mercado monopolizado ou oligopolizado (a consideração é de NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 115). De fato, BESSONE indica que as dificuldades trazidas por essa figura, com relação ao contrato moderno, estão: “(a) na dificuldade de conhecimento das cláusulas no momento da adesão; (b) ausência de discussão prévia; (c) desigualdade dos contratantes” (BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 75).

¹⁵⁴ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. p. 78. Saliente-se que esse contrato diferencia-se do contrato de adesão porque, enquanto no contrato-tipo há bilateralidade na estipulação das cláusulas, o conteúdo do contrato de adesão é elaborado por apenas uma das partes.

necessidade de leitura constitucional das disposições normativas ordinárias, além da abertura do sistema jurídico para os influxos advindos da realidade, conduzem ao repensar da figura do contrato, começando por sua sustentação, que é dada pelos princípios. Função social e boa-fé, hoje expressamente previstas no Código Civil brasileiro, aparecem como elementos essenciais para se compreender a feição contemporânea do contrato.

1.3. O CONTRATO NAS CONDIFICAÇÕES CIVIS BRASILEIRAS: O Código Civil de 1916 e o de 2002

A reflexão inicial acerca dos Códigos europeus de matriz liberal – principalmente no que se refere ao Código napoleônico e ao BGB – e suas principais diretrizes são essenciais para compreensão do sistema da codificação brasileira, dada sua forte influência sobre o Código Civil pátrio de 1916. Semelhantemente ao modelo alemão, o Código Civil brasileiro traz uma Parte Geral que pretende orientar a leitura das Partes Especiais, sendo possível afirmar que, embora nascido no século XX, é um Código de matriz oitocentista, representativo de um sistema fechado, com pretensão de plenitude e de imutabilidade da legislação civil, completada pela indicação doutrinária de aplicação do Direito segundo o esquema da subsunção.

Merece destaque especial o amplo período de vigência desse Código: tendo sido promulgado em 1916, permaneceu vigente até janeiro de 2003, quando entrou em vigor o atual Código Civil. De fato, a história do Direito Civil brasileiro, segundo GOMES, “singulariza-se pela ininterrupta vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas”¹⁵⁵, passando-se diretamente ao Código Civil de 1916, que, a seu turno, vigorou por mais de oitenta anos. Destarte, é sob sua égide que se formou grande parte da cultura jurídica civilista nacional ainda atuante hodiernamente.

Interessante observar que a obra dos codificadores foi desenvolvida entre 1899 e 1916, período em que a economia brasileira era eminentemente agrária, vigendo no país o sistema colonial, com predominância dos interesses dos fazendeiros e comerciantes.

Ajustado, então, material e espiritualmente, à situação econômico-social do país, pelo apoio que recebia da burguesia rural e mercantil, transfundiu na ordem jurídica

¹⁵⁵ GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Imprensa Vitória, 1958. p. 07. Sobre o desenvolvimento do Direito Civil brasileiro até o advento do Código Civil de 1916, veja-se a obra mencionada, p. 07 – 20.

a seiva de sua ilustração, organizando uma legislação inspirada no direito estrangeiro, que, embora estivesse, por vezes, acima da realidade nacional, correspondia, em verdade, aos interesses a cuja guarda e desenvolvimento devotava¹⁵⁶.

Não haviam iniciado ainda, nesse período, portanto, as transformações que a sociedade brasileira experimentaria durante o século XX.

O Código Civil, permeado pelo individualismo e liberalismo, consagrava normas direcionadas a uma sociedade interessada em afirmar o regime de produção capitalista, do que é expressão a adoção dos princípios liberais na sua acepção clássica. A subscrição a essa ordem de idéias visava evitar qualquer entrave à livre iniciativa, contribuindo, assim, para impulsionar o desenvolvimento econômico e social do país¹⁵⁷.

Nessa esteira, o Código de 1916 regulava a propriedade privada como um direito egoístico e de feições absolutas e, no tocante à teoria dos contratos, adotava o preceito da liberdade contratual, divulgando os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos pactos e da relatividade dos efeitos dos contratos, amplamente recepcionados pela doutrina nacional¹⁵⁸. Pode-se verificar a força do dogma da manifestação de vontade no contrato, nesse diploma legislativo, ao se avaliar o poder vinculante da vontade a partir da afirmação de que uma cláusula, se livremente pactuada, por mais abusiva que possa parecer, é válida, ressalvadas apenas exceções pontuais¹⁵⁹. A rigor, o perfil do contrato da codificação de 1916 reflete as diretrizes adotadas pelos Códigos Europeus dos séculos XVIII e XIX, apresentando verdadeira síntese do que já se mencionou sobre o contrato fundado na ordem liberal.

Durante o longo período de vigência da codificação civilista de 16, contudo, várias foram as modificações experimentadas pelo Direito Civil, advindas do trabalho doutrinário,

¹⁵⁶ GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p. 41.

¹⁵⁷ Explica Orlando GOMES que “BEVILAQUA assumia, de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam, desde então, na legislação dos povos mais adiantados. (...) Conhecia, portanto, o movimento incipiente de revisão do direito privado, mas as condições sociais do país, seu atraso econômico e a distribuição de sua riqueza, não ensejavam a sua assimilação” (GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p. 57). E acrescenta: “em todo o curso de sua longa elaboração, nos dezessete anos durante os quais se arrastou nas duas casas do Congresso Nacional, o Código Civil não foi acusado, em tempo algum, de ter descurado a questão social. No Brasil daquele tempo não havia clima para uma crítica dessa ordem” (*Idem*, p. 58).

¹⁵⁸ Sobre a recepção dos princípios liberais clássicos pela doutrina civilista brasileira, ver a nota de rodapé n. 72, *infra*.

¹⁵⁹ A observação é de NALIN, com base no artigo 115 do Código Civil/1916, *verbis*: “São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes. O autor destaca, também, que a construção da teoria contratual no âmbito da codificação civilista de 1916 vem pautada pelo artigo 81 (“todo ato ilícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”), o qual trata do ato jurídico, dada a ausência de uma teoria geral dos contratos no Código (NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 77-78).

jurisprudencial e, também, do âmbito legislativo, com uma contínua e crescente edição de leis esparsas tratando dos principais institutos do Direito Civil, como família, propriedade, contrato, personalidade e responsabilidade civil. A principal modificação, não obstante, adveio a partir de 1988, com uma nova Constituição, a qual, consagradora de uma ordem diversa de valores, conferindo primazia aos interesses existenciais em face dos patrimoniais, provocou a necessidade de verdadeira releitura do Código à luz de suas disposições.

Evidencia-se, portanto, a partir de um conjunto de fatores de ordem econômica, social, política e também jurídica, decorrentes do desenvolvimento da sociedade, da mudança do papel do Estado e da adoção de uma nova Carta constitucional, a insuficiência do modelo codificado para responder às demandas sociais¹⁶⁰. Perde, assim, o Código a centralidade que lhe era oferecida outrora, abrindo espaço para inúmeras leis a respeito de temas correlatos ao Direito Civil¹⁶¹, bem como para o reconhecimento doutrinário do seu descompasso com relação aos preceitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1988. Nesse contexto, papel importantíssimo é desempenhado pela doutrina, na leitura dos dispositivos do Código à luz da nova Carta, com o objetivo de adequar preceitos elaborados no início do século XX, mas com feições de época anterior, às condições sócio-normativas do momento atual.

A rigor, não é recente a verificação da necessidade de uma nova regulamentação abrangente das relações civis. Já na década de sessenta tal necessidade era sentida de modo considerável, a ponto de, em 1969, nomear-se uma comissão revisora e elaboradora encarregada da redação de um novo Código Civil¹⁶². O projeto, que levou anos para ser aprovado pelo Congresso Nacional e contou com diversos debates e modificações do texto

¹⁶⁰ Se é certo que o modelo apresentado pelo Código Civil de 1916 revelou-se, com o tempo, insuficiente e atrasado com relação às demandas e relações sociais, é verdade que, no momento de sua edição, representava um conjunto à frente da realidade brasileira, tendo desempenhado importante papel na evolução cultural do país. GOMES lembra que inúmeras instituições e doutrinas – à época consideradas avançadas – desenvolvidas em outros países, foram incorporadas ao Direito Civil nacional. “Essa influência do direito escrito que se antecipa à realidade”, constata GOMES, “só se exerce, porém, quando a lei se coloca na perspectiva do desenvolvimento social, apresentando-se como uma aproximação da realidade futura. O Código Civil terá sido um passo avançado na evolução da sociedade brasileira, cujo desenvolvimento vertiginoso, depois da primeira guerra mundial, permitiu logo o alcançasse. Surge, com efeito, em inúmeros sentidos, como uma obra progressista dos nossos legisladores” (GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p. 72).

¹⁶¹ Nesse sentido, afirma AMARAL que “tais modificações deslocam para o âmbito dessa legislação especial o centro da disciplina jurídica das relações privadas, ficando o Código Civil como fonte residual e supletiva, o que se acentua com a transferência, para a órbita constitucional, de alguns dos tradicionais princípios de direito civil concernentes à família, à propriedade privada e à liberdade contratual” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 132).

¹⁶² A Comissão foi nomeada em 23 de maio de 1969 e contava com os seguintes membros: Presidente: Miguel Reale; para a Parte Geral: José Carlos Moreira Alves; para a Parte Especial (Obrigações): Agostinho de Arruda Alvim; para o Direito de Empresa: Sylvio Marcondes; para o Direito das Coisas: Erbert Chamoun; para o Direito de Família: Clóvis do Couto e Silva; para o Direito das Sucessões: Torquato Castro (REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. vol.I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 19).

originário, consubstancia o atual Código Civil brasileiro, tendo entrado em vigor em janeiro de 2003, a despeito de muitas manifestações contrárias.

Os críticos freqüentemente sublinham tratar-se de um projeto cuja redação original data de mais de 30 anos, procurando demonstrar a senilidade precoce do Código, que já nasce velho face às mudanças sociais ocorridas durante esse período, e, principalmente, diante das grandes conquistas da ciência e tecnologia (como, por exemplo, as conquistas da engenharia genética e a propagação da internet). Ao lado disso, costuma-se mencionar a impropriedade do modelo-Código hodiernamente, pois representativo de uma visão monolítica da sociedade, sem espaço para albergar a diversidade social¹⁶³. De fato, a historicidade da codificação demonstra que este é um modelo que dava conta da sociedade oitocentista e exercia uma determinada função social não mais congruente com as demandas da complexa e cambiante sociedade brasileira. A edição de inúmeras leis especiais, configuradoras de verdadeiros microssistemas representativos da útil fragmentação no tratamento da matéria civilista, bem como a constitucionalização do Direito Civil, retirando o Código Civil do centro do ordenamento jurídico e subordinando-o aos preceitos constitucionais, trazem grandes desafios não facilmente solucionados com a adoção de um novo Código. FACHIN, considerando a que “codificar não é modificar”, comenta que “a representação simbólica da codificação se torna uma luz para requestrar o passado e não um caminho para apreender o presente e descortinar o futuro”¹⁶⁴.

Efetivamente, o fenômeno da descodificação do Direito Civil é representativo da decadência do modelo-Código e sua retirada do centro das relações jurídicas interprivadas. Não obstante, é preciso considerar que houve a publicação de um novo Código Civil no Brasil, o qual, a despeito das inúmeras críticas, requer um esforço doutrinário voltado à sua melhor operacionalização possível, mister no qual a leitura constitucional de suas disposições mantém-se como técnica inafastável para a compatibilização de seu conteúdo aos valores fundamentais do ordenamento jurídico contemporâneo.

Poder-se-ia objetar à necessidade de leitura das disposições do Código Civil de 2002 à luz das disposições da Constituição, dado que a interpenetração entre os planos constitucional e infraconstitucional já teria sido observada pelo legislador, uma vez que o Código é posterior à Constituição. Todavia, importante lembrar a anterioridade da codificação vigente em relação à Carta, pois o Projeto do Código - que veio a ser a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 -, foi

¹⁶³ FACHIN, Luiz Edson. *A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no Direito Civil*. Revista dos Tribunais. Vol. 757. Ano 87. Nov./1998. p. 64 – 69. p. 69.

¹⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. *A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no Direito Civil*. p. 66-67.

apresentado em 1975¹⁶⁵. Justifica-se, portanto, face ao lapso temporal decorrido entre a apresentação do Projeto e a promulgação da Lei 10.406 – não obstante seja esta formalmente posterior à Carta – bem como diante das grandes alterações sociais, políticas e culturais ocorridas no Brasil nesse ínterim, uma leitura constitucional das disposições do Código, adaptando seu conteúdo aos fundamentos axiológicos de índole constitucional¹⁶⁶.

Especificamente no âmbito contratual, entretanto, parece inadequado sustentar que o Código de 2002 não traz inovações relativamente àquele de 1916. As principais novidades legislativas ficam por conta das previsões atinentes à função social do contrato, colocada como razão e limite da liberdade contratual, e à boa-fé, impondo-se a necessidade de sua observância durante todos os momentos da relação contratual. Se, por um lado, a previsão legislativa é salutar e acaba impulsionando tanto a aplicação dos referidos princípios pela jurisprudência, como seu estudo pela doutrina, por outro, não é realmente inovadora do pensamento jurídico contemporâneo, pois a doutrina e a jurisprudência já trabalhavam com as principais modificações expressas pelo Código de 2002 face ao anterior¹⁶⁷.

Importante, portanto, na leitura do Código, manter-se atento às diretrizes que pautaram sua elaboração. REALE¹⁶⁸, um dos idealizadores do Código, ressalta a orientação oferecida por três princípios fundamentais: (a) eticidade, reconhecendo a participação os valores éticos no ordenamento jurídico, manifestados, por exemplo, nas diversas referências à boa-fé¹⁶⁹; (b) socialidade, reconhecendo o predomínio do social sobre o individual, do que é reflexo a previsão da necessidade de observância da função social do contrato¹⁷⁰; (c) operabilidade, procurando-se, de um lado, eliminar as dúvidas que se tinha a respeito da aplicação do Código anterior e, de outro, a utilizar, sempre que necessário e quando da impossibilidade de prever exaustivamente o alcance de dada norma jurídica, cláusulas gerais, permitindo a aplicação do

¹⁶⁵ REALE, Miguel. *A história do Novo Código Civil*. p. 125.

¹⁶⁶ Nesse sentido também a orientação de FACHIN ao afirmar a necessidade da “ponte que a hermenêutica crítica e construtiva está construindo entre a nova codificação civil e a principiologia axiológica de índole constitucional” (FACHIN, Luiz Edson. *Das raízes do Direito Civil Contemporâneo*. In: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 01-06. p.02).

¹⁶⁷ Nesse sentido NALIN, o qual ressalta que o Código de Defesa do Consumidor já havia, em 1990, relançado, por exemplo, o princípio da boa-fé no cenário jurídico nacional. NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 81.

¹⁶⁸ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. p. 37-42. O autor complementa: “estabelecidos esses princípios, não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitando os fins éticos-sociais da comunidade a que o seu titular pertence. Não há, em suma, direitos individuais absolutos, uma vez que o direito de cada uma acaba onde o de outrem começa” (*Idem*, p. 297).

¹⁶⁹ A boa-fé objetiva é prevista no artigo 113 do CCB/02 como parâmetro de interpretação dos negócios jurídicos; no artigo 187 do CCB/02, no tocante aos atos ilícitos; no artigo 422 do CCB/02, como princípio orientador do contrato.

¹⁷⁰ No artigo 421 do Código Civil de 2002.

Direito com relação aos elementos de fato e de valor, que devem ser considerados pelo intérprete-julgador, ressaltando sua participação na interpretação e aplicação das normas aos casos concretos. Com efeito, importantes previsões legislativas foram feitas nessa direção, não eximindo, porém, o intérprete, da utilização da Carta como parâmetro, seja para interpretação das disposições do Código, seja para auxiliar na determinação do conteúdo das cláusulas gerais.

Por certo, a pretensão totalitária do Código Civil de 1916 não pôde evitar o fenômeno da descodificação, assim como o Código atual não pode ter a pretensões de plenitude ou de ocupar o centro do ordenamento jurídico, reservado à Constituição. Logo, importante romper com o unitarismo da proposta da codificação, reconhecendo que, mesmo com a inserção de importantes previsões no sentido da recepção de princípios já consagrados constitucionalmente, a emergência do novo Código não é suficiente, de *per si*, para regular as relações travadas pelos particulares, sendo relevante a regulamentação de situações peculiares em legislações especiais, bem como não exime o intérprete do necessário cotejo de suas disposições com as previsões constitucionais. É, efetivamente, tomando sempre a Carta e os princípios fundamentais do ordenamento jurídico com parâmetros para uma leitura sistêmica que será factível a passagem do individualismo para uma concepção socializante do Direito, mais atenta às vicissitudes sociais e à composição equitativa entre liberdade e igualdade.

II - PREMISSE METODOLÓGICA: A LEITURA DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

“la norma constitucional assume la función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales del Derecho civil” (Joaquín Arce y Flórez-Valdez)

A doutrina da constitucionalização do Direito Civil, reconhecendo a insuficiência da mera repetição dos conceitos clássicos dos institutos civis, parte do entendimento de que a compreensão deste à luz da Constituição aparece, hodiernamente, no cenário jurídico brasileiro, como uma opção metodológica¹ viável para a aplicação atualizada das disposições civilistas, de modo a superar o antigo fechamento do Código Civil em si mesmo em favor da adoção de uma perspectiva de leitura mais ampla, apta a harmonizar o sentido das normas civis aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, encontrados na Carta Constitucional.

De fato, a compreensão tradicional de fechamento do Direito Civil em um Código, herdada do período oitocentista, não mais pode ser aceita contemporaneamente. Como decorrência da adoção do modelo de Estado Social, é notório que as Constituições contemporâneas deixam de se preocupar apenas com a organização do Estado e seus poderes e passam a incorporar normas e princípios diretamente relacionados à matérias classicamente reservadas à exclusiva regulação pelo Direito Civil. Nessa esteira, as Cartas passam a disciplinar amplas zonas da vida econômica e social, desenvolvendo “a tarefa de conformação do ordenamento básico da sociedade e do estatuto jurídico de que, dentro dela, as pessoas gozam”².

Situando-se a Constituição no ápice do sistema jurídico, reconhece-se que esta possui uma eficácia preceptiva que incide sobre todos os ramos do Direito e sobre qualquer norma do sistema jurídico, de modo que nenhuma disposição normativa queda imune à sua influência.

¹ A rigor, a constitucionalização do Direito Civil representa *um* dos possíveis caminhos para a renovação dos institutos jurídicos privados. Nesse sentido, lembra NALIN o exemplo europeu, onde o comunitarismo fez emergir leis supranacionais, apresentando diretivas comunitárias a serem seguidas pelos membros da União Européia (a respeito, ver NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A Constituição e a Reinvenção do Território: algumas implicações jurídicas em face da globalização. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 135. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jul./set. 1997. p. 37-44). Tal alternativa, contudo, não parece viável para a experiência brasileira, na qual, não obstante a existência do Mercosul e a inclinação para harmonização de alguns textos legislativos, não há indicações de que se venha a configurar, em breve, um modelo semelhante àquele da Comunidade Européia. Logo, parece que no Brasil não faz sentido falar-se em adequação da legislação ordinária a outros ordenamentos superiores, permanecendo a Constituição no centro do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é na Carta que serão encontrados os parâmetros para a adequada compreensão da normativa ordinária nacional.

² SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. A constitucionalização do Direito Privado. In: *Boletim da Faculdade de Coimbra*. N. 74. Vol. LXXIV (separata). Coimbra, 1998. p. 729 – 755. p. 729.

Com efeito, o reconhecimento da normatividade dos preceitos constitucionais e da unidade do ordenamento jurídico é verdadeira premissa para a doutrina da constitucionalização do Direito Civil. Entende-se, assim, que, sendo composta por regras e princípios dotados de normatividade jurídica, a Constituição informa todos os ramos do Direito, fixando, no conjunto de valores que apresenta, as bases para a elaboração e interpretação das normas componentes do tecido normativo brasileiro.

Considerando-se a posição de supremacia da Constituição no ordenamento jurídico - o qual, embora complexo, é unitário - toma-se a Carta como “ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil”³, ocupando a centralidade outrora reservada ao Código Civil e provocando a necessidade de uma importante mudança de postura do civilista: é o Código Civil que, atualmente, deve ser lido à luz da Constituição, e não o inverso, como já ocorreu com frequência.

A recepção desse entendimento produz importantes reflexos tanto na leitura dos principais institutos civilistas como na compreensão do papel do Direito Civil como um todo, pois, atualmente, a orientação é dada pelos princípios e interesses apresentados pela Constituição, onde estão expressos os objetivos fundamentais eleitos pela sociedade. Assim, uma coisa é ler o Código isoladamente, em uma perspectiva que prima pelo patrimônio em detrimento dos interesses de ordem pessoal; outra é compreendê-lo à luz dos princípios constitucionais, que trazem elementos limitativos aos interesses privados em função do respeito aos direitos fundamentais e aos interesses de ordem social. Nessa linha, anota SOUZA RIBEIRO que, no âmbito do Direito Civil

o reconhecimento constitucional de certos direitos, tidos por fundamentais, significa também a consagração de princípios ordenadores das situações pessoais e patrimoniais que formam o campo vivencial do sujeito das relações civis. Esse reconhecimento mais não é, nesta perspectiva, do que uma forma de regulação, a nível constitucional, das esferas da vida onde esse sujeito se movimenta, reflectindo uma dada valoração dos interesses que aí conflituam. Valoração que, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e a posição cimeira que, dentro dele, as normas constitucionais ocupam, não pode deixar de influenciar a apreciação, a nível legislativo e judicial, da matéria civilística⁴.

Imprescindível mencionar, nessa esteira, a necessidade de reconhecimento da historicidade do Direito e da interação entre este e a realidade social. Evidentemente, sendo o

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36. n. 141. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, jan./mar. 1999. p. 99-109. p. 100.

⁴ SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. A constitucionalização do Direito Privado. In: *Boletim da Faculdade de Coimbra*. n. 74. Vol. LXXIV (separata). Coimbra, 1998. p. 729 – 755. p. 729- 730.

Direito um produto histórico, cujo sentido e alcance variam consoante o contexto econômico-social no qual está inserido, é certo que o conjunto de mudanças acarretadas pelas alterações na estrutura do Estado são refletidas no Direito, cujas normas não devem ter seu sentido estaticamente fixado. De fato, consoante menciona PERLINGIERI, sublinhando a imprescindibilidade da relação entre o estudo do Direito e a análise da sociedade na sua historicidade local e universal, “a transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos (diversos daquele aspecto normativo em sentido estrito) significa a transformação da realidade normativa e vice-versa”⁵. Daí porque não se pode restringir a análise do Direito a uma pretensa “realidade jurídica”, fechada em si e apartada dos influxos oferecidos pela complexidade do tecido social. Ao contrário, cumpre reconhecer a recíproca influência que os aspectos sócio-econômicos exercem sobre o ordenamento jurídico e vice-versa, considerando que o Direito pode servir tanto à conservação das relações já estabelecidas como à promoção de transformações nas estruturas sociais existentes⁶.

Tem-se, nesse sentido, que é a Constituição do Estado o *locus* no qual é possível identificar, com clareza, as diretrizes adotadas pela sociedade em um determinado momento histórico. Com efeito, estão expressos na Carta tanto os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º), como os principais objetivos assumidos (art. 3º), além de um conjunto de disposições que expressam a racionalidade que deve informar a leitura das disposições infraconstitucionais. Na Constituição brasileira de 1988, adotando-se o princípio reitor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), observa-se desde logo, uma primazia dos interesses existenciais sobre aqueles de ordem meramente patrimonial, além da prevalência dos interesses sociais em contraposição aos individuais, o não pode ser desconsiderado na leitura do Direito Civil.

Cumprir observar, desde logo, que a influência das disposições constitucionais sobre a normativa ordinária não ocorre apenas no momento interpretativo; também exerce relevante papel no tocante à produção legislativa. Dessa perspectiva decorre o entendimento de que as disposições civilistas anteriores à Carta em vigor devem ser lidas à luz dos princípios e normas constitucionais, bem como aquelas pós-constitucionais devem observar os critérios e princípios constitucionalmente estabelecidos. Logo, a constitucionalização do Direito Civil possui uma função de manutenção da unidade sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, adequando-o ao regime ideológico apresentado pela Constituição.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 02.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 02 – 03.

A rigor, é a partir do reconhecimento da incidência das disposições constitucionais sobre as normas civilistas, ou seja, da constitucionalização do Direito Civil, que este passa a receber as qualificações de publicizado, repersonalizado, despatrimonializado, socializado, constitucionalizado. Inclusive, não falta quem tenha visto nessa doutrina a emergência de uma “crise do Direito Civil”, chegando a se cogitar da “decadência” ou da “tendência de desaparecimento” do Direito Privado⁷, ou com certo exagero, a se dizer que o Direito Civil passaria a ser “o Direito Constitucional aplicado”⁸, devido ao fato de nele estar refletido o projeto previsto constitucionalmente. Efetivamente, as estruturas clássicas do Direito Civil têm seu sentido alterado a partir da sua leitura à luz das previsões constitucionais. Contudo, antes de se tomar essa mutação em um sentido negativo, reconhece-se que a “crise” que recai sobre o Direito Civil, como salienta FACHIN, apresenta uma relevante oportunidade para a remodelação dos institutos civilistas e a sua adaptação às exigências atuais⁹.

É nesse sentido que se adota a doutrina da constitucionalização do Direito Civil como uma premissa metodológica que permite harmonizar as disposições civilistas às demandas atuais da sociedade, superando-se a insuficiência das concepções herdadas da doutrina tradicional e repensando-as à luz das diretrizes atualmente vigentes. Explicitando o sentido e o alcance dessa metodologia, urge analisar as premissas que informam a doutrina do Direito Civil Constitucional, principalmente o reconhecimento da natureza normativa da Constituição e da unidade do ordenamento jurídico, bem como a necessidade de se avaliar o atual papel desempenhado pelo Código Civil e pela Constituição.

2.1. DA CODIFICAÇÃO TOTALIZANTE À FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A sistemática de leitura do Direito Civil herdada das grandes codificações oitocentistas e do Estado Liberal, fruto de notáveis construções intelectuais capazes de fundar uma sólida ordem jurídica, predominou até meados do século passado, sendo possível afirmar que até hoje influencia consideravelmente os juristas de modo que se mostra imprescindível retomar alguns dos principais aspectos decorrentes da configuração liberal do Direito, quando

⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O direito civil tende a desaparecer?* In: Revista dos Tribunais. n. 272. p. 15 – 21.

⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 253.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-6.

foi criada a dicotomia entre Direito Público e Privado, para, posteriormente, passar à análise das principais modificações que vem experimentando.

Consoante já mencionado no capítulo anterior, o Código Civil surge como fruto das doutrinas individualistas decorrentes da matriz liberal do Estado inaugurada com a Revolução Francesa. Também o Código Civil brasileiro de 1916, embora nascido no início do século XX, é reflexo das doutrinas individualistas e voluntaristas que permearam as codificações européias dos séculos XVIII e XIX, âmbito no qual os valores primordiais eram a propriedade e a proteção dos interesses individuais. Assim, fundado o Estado Liberal na máxima da igualdade formal, esta era assegurada pelos Códigos e Constituições da época que delimitavam uma esfera de ação do indivíduo resguardada das ingerências do Poder Público.

Surgem, assim, as codificações oitocentistas totalizantes, de modo que o Direito Civil passa a ser identificado com o Código Civil, composto por regras que regulavam as relações entre as pessoas na gerência de seus interesses privados, sua capacidade, estatuto, vínculos familiares, sucessões e relações proprietárias. Importante observar, nessa linha, que os Códigos liberais tomavam como paradigma o cidadão proprietário, cuja liberdade na realização de transações comerciais e transferência de interesses e direitos de cunho patrimonial deveria ser protegida pelo Estado. Efetivamente, a propriedade, principalmente imobiliária, estava no centro das codificações civilistas liberais, constatando, PERLINGIERI, com precisão, que nesse modelo de codificação “a categoria do ser é subordinada à categoria do ter: quem possui ‘é’”¹⁰.

Endossando esse modelo de Código, a doutrina da época chegou à construção de que toda atividade social é racionalmente ordenada, abrindo caminho para a concepção do Direito como um sistema e um método dogmático, operante a partir de conceitos gerais. “Era um sistema fechado”¹¹, axiomático-dedutivo¹², em que a atividade do intérprete resumia-se a isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável, como se fosse tal atividade uma operação lógico-formal”¹³ que requeria do juiz uma atividade mental apenas silogística.

Juntamente, difundiu-se o dogma da completude, com a crença de que tudo estaria previsto no Código – de modo que o juiz não poderia dele se afastar – bem como o monismo

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 04.

¹¹ Ou seja, que não entabula relações com o que está ao seu entorno, com outras matérias – jurídicas ou não – ou mesmo com a realidade social.

¹² Em poucas palavras, o método axiomático-dedutivo consiste em admitir como verdadeiras certas proposições, mais ou menos evidentes, e, a partir delas, por meio de um encadeamento lógico, chegar a proposições cada vez mais gerais. É o método cartesiano, típico da matemática e geometria.

¹³ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 88.

das fontes emergiu com toda a força, pois só o Estado seria apto a produzir o Direito. Com isso, o Direito torna-se estatal e burguês: *estatal* porque é a primeira vez que o Estado ocupa-se sistemática e abrangentemente do Direito Privado, que antes era o espaço da não-intervenção estatal, um setor deixado aos costumes; *burguês* porque passa a espelhar a ideologia, anseios e necessidades da classe socioeconômica que havia conquistado o poder em praticamente todos os Estados ocidentais, ou seja, toda a sociedade é chamada a comungar da sua tábua valores, representada, basicamente, pelo “liberalismo econômico, tendo a propriedade territorial como valor principal e a liberdade contratual como instituto auxiliar para facilitar as transferências e a criação de riqueza”¹⁴.

É um contexto no qual, consoante lembra FACCHINI, “o mercado e os interesses comerciais passaram a ser decisivos como bússola não só para as ações individuais, como também para as decisões políticas”¹⁵. A ética predominante era a liberdade formal e, no âmbito político, o Estado era liberal e pouco intervencionista, pois as normas estatais restringiam-se a assegurar ao indivíduo um espaço de liberdade econômica, protegendo-o do próprio Estado, de modo que as limitações a direitos, quando existentes, eram as mínimas necessárias para garantir a convivência social¹⁶.

Ademais, como salienta FACHIN, essa construção jurídica conseguiu estipular uma linha que separava os interesses acolhidos e os mantidos fora do sistema jurídico, ou, nas palavras do autor, “o sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu-se a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue mas eficaz lâmina o direito do não-direito”¹⁷, pois o sistema fechado e o rigorismo conceitual apenas permitiam qualificar como jurídica aquela situação prevista abstratamente na lei, o fato que pudesse ser subsumido a uma norma; tudo o mais estaria no campo do não-jurídico.

¹⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 17 - 18.

¹⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 20.

¹⁶ FACCHINI observa que, nesse período, predominava a ideologia dos 3 “c”: a legislação civil seria *completa, clara e coerente*: completa porque não possuía lacunas; clara porque compreensível por todos e coerente porque não tinha antinomias (FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 20). Além disso, parece interessante a observação, do mesmo autor, no sentido que, nesse sistema, ninguém assumia a responsabilidade diante da injustiça: o legislador afasta-a alegando que não elabora regras voltadas para o caso concreto, mas cria regras genéricas, abstratas, voltadas ao futuro, com o que não visa favorecer ou prejudicar ninguém; por sua vez, o juiz também pode afastar a sua responsabilidade dizendo que a solução dada ao caso não depende da sua vontade, porque ele simplesmente deve aplicar a solução preestabelecida pelo legislador (*Idem*, p. 21).

¹⁷ FACHIN, Luis Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil. In: *Revista da AJURIS*. N. 60, 1994. p. 201-211. p. 205. Nesse sentido, exemplificativamente, os filhos de pais impedidos de se casar não poderiam ser reconhecidos como filhos, permanecendo em um limbo não-jurídico.

Esse foi um sistema que cumpriu satisfatoriamente seu papel ao surgir, servindo muito bem aos anseios burgueses de “legalidade”, pois fornecia “certeza” do Direito, ao mesmo tempo em que propiciava uma aplicação uniforme da justiça em todo o território nacional, o que acabava com as distinções que existiam na Idade Média e trazia condições necessárias para a operacionalização da economia de mercado. Contudo, é evidente que tal configuração, tomando o indivíduo proprietário como o homem comum, deixou grande parcela da população fora do seu alcance, para quem a liberdade e igualdade meramente formais não tardaram em se revelar como grandes fontes de injustiça.

Ao mesmo tempo, ocorreram importantes mudanças sociais que alteraram o cenário oitocentista, abrindo espaço para a cultura massificada, com grande circulação de bens – sendo muitos deles dissociados da propriedade imobiliária clássica. Nessa esteira, não se pode olvidar que a organização fulcrada na igualdade formal e na autonomia privada possui como ambiente ideal para seu desenvolvimento o Estado de configuração liberal. Por conseguinte, a mudança do perfil do Estado, que passa a ser Social, juntamente com a queda do liberalismo econômico, apresentou dificuldades à manutenção dos dogmas então vigentes no Direito Civil, requerendo sua adequação aos valores e interesses sociais emergentes. Nessa linha, explica TEPEDINO que a

era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro [de 1916], entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia.¹⁸

São as próprias Constituições dos Estados que recepcionam essas transformações, passando a se interessar pela promoção da igualdade material, isto é, o Estado passa a estar comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais. Se na configuração liberal as Cartas consagravam apenas os direitos de primeira geração, que garantiam uma esfera negativa de proteção do cidadão com relação ao Estado, já no início do

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 01-22. p. 04. No mesmo sentido, Natalino IRTI explica que as codificações oitocentistas eram características do “mundo da segurança”, quando o Direito Civil preocupava-se não com os fins a serem atingidos, mas com o estabelecimento das “regras do jogo” para que o indivíduo atingisse seus objetivos. Logo, o Código vinha assentado na exigência de proteção do indivíduo e seus interesses e de estabilidade, sendo a imutabilidade considerada uma das características fundamentais da legislação civil, acompanhada da completude e da ambição de dar resposta a todos os problemas da realidade (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1986. p. 01-08).

século XX começam a incorporar direitos de segunda geração, incluindo direitos sociais, econômicos e culturais, que impunham ao Estado um fazer em favor do cidadão¹⁹. Após a Segunda Guerra Mundial intensificou-se o intervencionismo estatal sobre as atividades privadas, passando o Estado a regular diversos setores da economia, restringindo a autonomia privada em favor do interesse público, bem como passando a explorar diretamente algumas atividades consideradas essenciais para o desenvolvimento social. Foi neste contexto que as Cartas passaram a consagrar, também, direitos protetivos de interesses coletivos.

Importante é observar que, não obstante essas transformações experimentadas pela sociedade e pelo próprio Estado, refletidas nas Constituições, o Direito Civil mantinha-se, em geral, impregnado por aquela ideologia liberal, e, apesar de sentir os influxos que vinham da nova postura intervencionista estatal em busca da igualdade material, resistia na manutenção de suas pretensões totalitárias e centralizadoras, acabando por não mais regular a contento as novas exigências sociais.

Diante da insuficiência da regulamentação apresentada pelo Código Civil, o legislador passou a se movimentar por leis extracodificadas, a partir das quais surgiram verdadeiro ramos jurídicos autônomos, ou seja, microssistemas com princípios diferentes, muitas vezes mais aplicados que o próprio Código Civil. De fato, é possível constatar que as demandas decorrentes de sociedades cada vez mais complexas passaram a apresentar exigências concretas que conduziram a uma crescente e permanente edição de novos diplomas legais para regular situações específicas não abrangidas pelo Código. Tal processo conduziu a uma miríade de leis disciplinadoras de matérias relacionadas ao Direito Civil, que assumiram crescente importância no cenário jurídico nacional a ponto de se afirmar que agora é o próprio Código Civil que, de central e totalizante, passa a ser considerado lei periférica e supletiva, sendo, ele mesmo, um microssistema²⁰.

Certamente que essa mudança não foi imediata, parecendo interessante observar a evolução apontada por TEPEDINO no tocante à elaboração de leis esparsas no Brasil²¹. Assim, explica o autor que, em um primeiro momento, já no início do século XX, quando os movimentos sociais e o processo de industrialização crescente entram em cena, abalando a era da estabilidade e segurança da qual os Códigos foram reflexos, o legislador passa a se

¹⁹ Os direitos de segunda geração, segundo FINGER, possuem como marco a Constituição de Weimar, de 1919, sendo que, no Brasil, foram incluídos pela primeira vez na Constituição de 1934. FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 90.

²⁰ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 91.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. p. 05-08.

movimentar por leis extracodificadas para atender demandas consideradas contingentes e conjunturais, ou seja, era uma legislação de emergência, considerada necessária para reequilibrar o quadro social. Surgem as leis *excepcionais*, assim chamadas por dissentirem dos princípios informadores do Código Civil, o qual mantinha seu caráter de ordenador único das relações privadas, de modo que, se as leis extravagantes contrariavam os princípios do Código, faziam-no de forma excepcional, não desmentindo a pretensão de completude e exclusividade daquele, que se mantinha no centro do sistema.

Essa situação foi sendo aos poucos alterada pela necessidade do Estado de contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão das inúmeras situações presentes na realidade das operações econômicas e não previstas pelo Código. Assim é que no Brasil, após a década de 30, surgem inúmeras leis extravagantes, as quais, por sua abrangência, já não se enquadravam na imagem anterior de um lapso excepcional ao Código. Qualifica-se, pois, uma segunda fase, na qual o Código Civil perde a exclusividade na regulação das relações privadas e se torna o direito comum, ao lado do direito especial dado pela legislação extravagante²². Isso conduz a uma “abrangência cada vez menor do Código Civil, contrapondo-o à vocação expansionista da legislação especial”²³.

É a partir da metade do século XX que as Constituições passam a incorporar princípios e normas referentes ao desenvolvimento das atividades econômicas privadas, abrangendo, paulatinamente, temas antes reservados ao Direito Civil. Nessa linha, observa TEPEDINO que “a legislação especial é o instrumento dessa profunda alteração, avalizada pela Constituição da República”²⁴, ou seja, ao mesmo tempo em que o Código Civil mantém-se estático no estabelecimento de regras disciplinadoras das atividades privadas, há uma ampliação na utilização de leis especiais para regulamentar os objetivos sociais e econômicos definidos constitucionalmente.

De fato, a intensificação desse processo retira do Código inteiros setores da iniciativa privada, disciplinando-os integralmente. Trata-se da superação do monossistema em direção ao polissistema legislativo, caracterizando o advento da era dos estatutos. O Direito Civil, portanto,

²² É possível perceber que a evolução apontada por TEPEDINO no Brasil é bastante semelhante àquela descrita por IRTI, no âmbito do Direito italiano. Nesse sentido, IRTI destaca que as primeiras leis que surgem paralelamente ao Código são denominadas “excepcionais”, porque não atingem a pretensão de definitividade e de completude do Código. É somente entre as duas Grandes Guerras que começa a surgir uma legislação especial como instrumento para responder às novas demandas da sociedade. Com sua multiplicação, o Código Civil passa a assumir função diversa, não representando mais o direito exclusivo das relações privadas, mas o direito comum (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. p. 08-11).

²³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. p. 06.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. P. 07.

não pode ser mais identificado com o Código Civil, pois sua composição conta com inúmeras leis especiais que disciplinam inteiras matérias retiradas da abrangência do Código.

Nesse contexto, é ainda com base nas lições de TEPEDINO²⁵ que se extrai as características que passaram a marcar essa legislação extraordinária, sublinhando-se cinco modificações principais²⁶:

- a. quanto à técnica legislativa, a legislação esparsa tende a definir objetivos concretos, indo além da mera garantia de regras estáveis para os negócios jurídicos. Nessa esteira, a tipificação taxativa cede espaço à utilização de cláusulas gerais, abrangentes e abertas, atribuindo-se ao intérprete relevante função na definição do seu conteúdo e alcance, bem como dos efeitos delas decorrentes. Tanto a Constituição quanto o atual Código Civil brasileiro, contam com diversas cláusulas gerais, demandando o desenvolvimento de um trabalho hermenêutico para sua concretização²⁷;
- b. há, em diversos setores, uma alteração na linguagem empregada pelo legislador, de modo que as leis passam a ter linguagem menos jurídica e mais setorial, com vistas ao atendimento de exigências específicas de determinados setores. O objetivo dessa alteração está na busca de maior eficácia das regras constitucionais e infraconstitucionais²⁸;

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. P. 09.

²⁶ Algumas dessas características são também apontadas por IRTI, no tocante ao direito italiano, o qual observa, a partir da multiplicação das leis especiais, uma mudança do estilo legislativo, pois o Estado não mais se limita a garantir as regras do jogo, mas tende a elaborar regras finalísticas indicativas de resultados úteis ao bem comum. Isso influencia no conteúdo e na forma da legislação ordinária, que não mais é composta apenas de regras instrumentais, mas, também, promocionais. Do mesmo modo, a linguagem da lei é modificada, em razão da variedade de assuntos abrangidos, sublinhando-se o caráter contratual de certos diplomas legislativos, bem como a maior concretude das normas jurídicas (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. p. 10 – 22).

²⁷ MARTINS-COSTA sublinhando a importância da técnica legislativa das cláusulas gerais, utilizada em diversas disposições do Código Civil de 2002, assim explica: “O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattiespecies* cerradas, à técnica da casuística. (...) As cláusulas gerais, mais do que um ‘caso’ na teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*” (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 35. n. 39. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jul./set. 1998. p.05 – 22. p. 06-07).

²⁸ No mesmo sentido, também NALIN sublinha a importância da linguagem empregada pelo legislador para uma adequada interpretação e aplicação das normas (NALIN, Paulo. *Do Contrato*. p. 34).

- c. quanto aos objetivos normativos, o legislador, para além de coibir comportamentos indesejados, age através de leis de incentivo, com vistas à produção de consequências específicas consoantes os objetivos assumidos pelo ordenamento jurídico, o que é identificado por BOBBIO como a “função promocional do direito”²⁹. Também PERLINGIERI salienta a função promocional do Direito, o qual pode exercer “uma função de conservação das situações de fato ou, sob o impulso de interesses contrastantes e alternativos, de transformação das estruturas preestabelecidas”³⁰. O autor constata que, atualmente, alguns princípios referentes a institutos fundamentais do Direito Civil passaram a ser previstos na Constituição, devendo, pois, servir de parâmetro para a aplicação da função promocional das normas civilistas. Essa mudança significa que o Direito deixa de ser mero mecanismo de conservação do existente, passando a ser também instrumento de justiça, equilíbrio contratual, inclusão social, enfim, recebe uma função emancipatória.
- d. o legislador não mais se limita à disciplina das relações patrimoniais, condicionando a proteção de situações tradicionalmente vistas apenas sob a ótica patrimonial ao cumprimento de deveres não-patrimoniais, o que surge em consonância com os princípios reitores assumidos constitucionalmente. Nessa linha, sublinha a doutrina que “os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito”³¹. Logo, primeiramente deve-se averiguar se o negócio celebrado resguarda os valores existenciais, “para, em seguida, decidir sobre sua eficácia patrimonialista”³².
- e. nota-se, em alguns casos, o caráter contratual de certos estatutos, surgindo a figura do *legislador negociador*, que produz normatização para determinados grupos, os quais, interessados na regulamentação de um setor, debatem e negociam a promulgação de leis. De fato, NALIN destaca nessa prática o surgimento de um novo contratualismo,

²⁹ BOBBIO, Norberto. *La funzione promozionale del diritto*. In: BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 13 - 32. *Passim*.

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. p. 02.

³¹ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Ano 17. n. 65. Jul./set. 1993. p. 21-32. p. 26.

³² NALIN, Paulo. *Do Contrato*. p. 36.

dado que “a sociedade exterioriza os seus interesses sócio-políticos por intermédio da negociação legislativa”³³.

2.2. A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Diante dessa miríade de leis esparsas, que atuam paralelamente ao Código, retirando-lhe a centralidade e a pretensão de completude de outrora, rompe-se a unidade antes assentada no Código Civil. Há, efetivamente, autores que, diante da quantidade e relevância da legislação extravagante em relação ao Direito codificado, questionam a utilidade da figura do Código no sistema atual, falando na *descodificação do Direito Civil*. Nesse sentido, IRTI entende que “*il período storico, che si apre con il secondo dopo-guerra, sarà forse ricordato come l’età della deodificazione: di una quotidiana e penetrante conquista di territori da parte delle leggi speciali*”³⁴.

Entendendo-se por Código, genericamente, “o documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma idéia de coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor”³⁵, observa-se que foi uma construção que desempenhou funções relevantes enquanto mantidas as condições presentes quando de sua difusão. Assim, enquanto o Direito Civil, em um contexto de liberalismo econômico e igualdade formal, podia ser identificado com o conteúdo do Código, tal construção apresentava, inclusive, vantagens decorrentes da sistematização em um único corpo legislativo.

Ocorre, contudo, que a complexidade da vida contemporânea não condiz com a rigidez dos Códigos totalizantes. Com efeito, não parece mais factível a tentativa de se reduzir em um Código a complexidade da sociedade atual, cuja multiplicidade exige a edição de regulamentações setoriais, adequadas às necessidades específicas dos diversos ramos de atividades. Diante da variedade de demandas sociais, essa edição de legislações setoriais multidisciplinares, paralelas ao Código, tornou-se imprescindível, rompendo, inevitavelmente, com a concentração de matérias característica dos Códigos.

³³ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 42 – 43.

³⁴ IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. p. 26. Significa, em tradução livre, que o período histórico que se abre como o segundo pós-guerra, será, talvez, lembrado como a idade da *descodificação*: de uma cotidiana e penetrante conquista do território por parte da legislação especial.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. p. 03 – 04.

Efetivamente, segundo LÔBO, diante da complexidade social desaparecem as funções prestantes dos Códigos, os quais “tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do Direito Civil”³⁶. Também FACHIN ressalta o caráter historicamente datado da codificação enquanto proposição de unidade, considerando que a formação dos microssistemas aponta para um tempo diverso daquele no qual triunfou o modelo-Código, concluindo pela “vinculação entre o motor da *descodificação* com nuances de um tempo que aponta para o ocaso das codificações na crise do racionalismo e a retirada do Código Civil do território central das relações privadas clássicas”³⁷.

De fato, o que se observa atualmente, contrariando o clássico modelo que identificava o Direito Civil com o Código Civil, é uma expressiva fragmentação da legislação civilista, a qual, para além das disposições codificadas, é composta por uma miríade de leis esparsas. Tais espaços legislativos configuram verdadeiros microssistemas, na medida em que atuam com independência temática com relação ao Código, o qual passa a ter uma função residual, aplicável apenas às matérias não reguladas por leis especiais³⁸. A soma dessas diversas legislações configura, segundo TEPEDINO³⁹, o polissistema legislativo, representativo da multiplicação de grupos sociais em ascensão e da presença de novos e diversificados centros de interesses relevantes para o sistema jurídico.

Em face dessa complexidade legislativa, o Código Civil paulatinamente tem sua importância reduzida, sendo que novas tentativas de codificação com vistas à redução da complexidade das regras civilistas tendem ao insucesso, devido à presença de múltiplos interesses jurídicos díspares, difíceis de serem reconduzidos a um único núcleo normativo. FINGER sublinha que a legislação esparsa, atualmente, configura novos ramos jurídicos autônomos, sendo, muitas vezes, mais aplicada que o próprio Código Civil, o qual, devido à sua aplicação residual, pode ser comparado a um microssistema⁴⁰.

É certo que essa multiplicidade legislativa apresenta aspectos positivos, permitindo uma oxigenação das disposições normativas civilistas, bem como oferecendo uma

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do Direito Civil*. p. 102.

³⁷ FACHIN, Luis Edson. As Reformas no Direito Brasileiro: notas novas sobre um velho debate no Direito Civil. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 87. Vol. 757. Nov./1998, p. 64 – 69. p. 67.

³⁸ Nesse sentido, IRTI explica que “*le legge, che si sogliono ancora denominare ‘speciali’, sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo micro-sistemi di norme, con proprie ed autonome logiche*” (IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. p. 25). Com essa fragmentação, muda a função do Código: “*il codice civile subisce così un rovesciamento di funzione: non diritto generale, ma residuale*” (*Idem*, p. 27).

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. p. 12.

⁴⁰ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 91.

regulamentação jurídica adequada a setores com demandas diversas. Contudo, deve-se advertir quanto aos excessos na edição de microssistemas legislativos, o que poderia conduzir a uma inaceitável fragmentação do sistema. Nesse sentido, adverte TEPEDINO que a doutrina da descodificação, levada às últimas conseqüências,

representa uma grave fragmentação do sistema, permitindo a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão.⁴¹

Tal conseqüência, além de indesejável, afrontaria a supremacia da Constituição, a qual é portadora de valores materiais que devem informar todo o tecido infraconstitucional. Portanto, entende-se que o Direito Civil assume, atualmente, uma composição multifacetada, sendo constituído não apenas pelo Código Civil, mas também por inúmeras leis esparsas, formando um sistema que deve buscar os elementos caracterizadores de sua unidade nos princípios e regras constitucionais. Realmente, consoante sublinha PERLINGIERI,

a questão da aplicabilidade simultânea de leis inspiradas em valores diversos (...) resolve-se somente tendo consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.⁴²

Destarte, é a Constituição que assume, contemporaneamente, a função de unificar o sistema jurídico, o que inclui, certamente, o Direito Civil.

Cumprir anotar, ainda, que não obstante a tendência à descodificação e as críticas atualmente feitas à manutenção da figura do Código, fato é que em 2002 foi editado um novo Código Civil no Brasil, o qual precisa ser operacionalizado da melhor maneira possível, mantendo-se presente a advertência de FACHIN assentada na idéia de que “codificar não é modificar”⁴³.

Com efeito, observa-se que o Código Civil de 2002 surgiu após longo debate no Congresso Nacional, sendo originário de um projeto da década de setenta. Durante esse período de tramitação, o cenário jurídico civilista brasileiro contava com um Código de 1916 profunda e gradualmente alterado em razão da edição de expressivo conjunto de legislações esparsas, sobretudo após a Carta de 1988. Assim, embora se tenha optado pela utilização do modelo codificado para o oferecimento de nova legislação civilista, cumpre observar que essa

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. p. 12.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 05.

⁴³ FACHIN, Luis Edson. *As Reformas no Direito Brasileiro*. p. 66.

apresentação vem despida das pretensões oitocentistas de completude legislativa. Ao contrário de emergir como um Código totalizante, é preciso considerar que o Código surge abrangendo apenas uma parcela das relações travadas sob a égide do Direito Civil, convivendo com as legislações específicas que com ele concorrem.

Ademais, embora tenha sido editado posteriormente à Constituição de 1988, tal fato não exime o intérprete do cotejo entre as suas regras e as disposições constitucionais. Certamente que durante a vigência do Código Civil de 1916 e após o advento da Constituição de 1988, havendo um claro descompasso entre a ideologia que informava o Código e aquela que inspirava a Carta – a primeira marcada por valores nitidamente liberais e individualistas, e a segunda pela primazia dos valores existenciais e sociais – a necessidade de uma leitura constitucional das disposições codificadas era mais facilmente perceptível⁴⁴, em razão da necessidade da unidade axiológica do sistema. Contudo, se é certo que as legislações publicadas posteriormente à Constituição devem se adaptar às suas disposições, cumpre observar que, embora tenham sido realizadas diversas modificações no texto do Código desde a primeira proposta apresentada pelos seus idealizadores, a redação originária do Projeto data de 1975. Além do que, cumpre destacar a presença de diversas cláusulas gerais no Código, as quais, oferecendo certa abertura ao intérprete, requerem que seu preenchimento seja feito em conformidade com os princípios que orientam o sistema. Vale mencionar, nesse sentido, as considerações de TEPEDINO:

o novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916.⁴⁵

⁴⁴ Essa percepção decorre, até mesmo, de uma analogia freqüentemente feita com o desenvolvimento da doutrina da constitucionalização do Direito Civil italiano, pois, como explica PERLINGIERI, “o Código Civil italiano (...) é de 1942; pertencia, portanto, ao ordenamento fascista; a Constituição, ao contrário, entrou em vigor em 1948”, ambos contando com regimes ideológicos distintos que precisavam ser harmonizados” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. p. 05). A solução aventada pela doutrina foi a leitura do Código Civil à luz dos princípios e regras da nova Carta. No Brasil, esse raciocínio poderia ser aplicado também, com vantagens, na medida em que se tinha um Código datado de 1916 e uma Constituição posterior, de 1988, cujos valores passaram a ser tomados como parâmetro para uma leitura atualizada do Direito Civil pré-constitucional.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. Ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XV – XXXIII. p. XIX – XX.

Destarte, a Constituição não perde, com a edição do Código Civil de 2002, sua importância no sentido de parâmetro interpretativo para a legislação civilista: tanto as disposições do Código, quanto da legislação esparsa devem buscar na Carta os critérios de sua validade e o sentido que assumem no cenário jurídico contemporâneo. É a Constituição, pois, o repositório de valores que oferece unidade axiológica ao sistema jurídico contemporâneo.

2.3. A NATUREZA NORMATIVA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS INTERPRIVADAS

Um dos principais pressupostos da doutrina do Direito Civil Constitucional, concebido a partir da incidência da Constituição sobre as demais regras do ordenamento jurídico, é o reconhecimento da natureza normativa da Constituição, superando-se a concepção anterior que via na Carta apenas um conjunto de normas programáticas. Nesse sentido, quanto à natureza normativa dos preceitos constitucionais, explica PERLINGIERI que

*ocorre riconoscere la valenza normativa dei principi e delle norme costituzionali, nonché della loro supremazia e conseguentemente liberarsi sia dal pregiudizio della natura esclusivamente programmatica della normativa costituzionale sia dal pregiudizio che tale normativa abbia come suo esclusivo destinatario il legislatore ordinario. La normativa costituzionale va rispettata da tutti i soggetti. Lo esige il generale principio di legalità.*⁴⁶

De fato, as normas constitucionais não representam meros limites que devem ser observados pelo legislador ordinário ou pelo intérprete. Como bem aponta FACHIN, “a Constituição é também limite”, mas não somente limite⁴⁷. Para além dessa função, a Carta exerce relevante papel ao oferecer orientações que embasam a atuação do legislador ordinário, justificando as normas editadas e oferecendo os parâmetros de sua validade no sistema jurídico. Do mesmo modo, quanto ao âmbito interpretativo, observa-se que, além de abordar, de forma mais ou menos analítica, diversos temas diretamente relacionados ao Direito Civil, a

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*. Relazione introduttiva al Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro su Interpretação do Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. Texto fornecido pelo autor. p. 01-02. Em tradução livre, significa a necessidade de reconhecimento do valor normativo dos princípios e das normas constitucionais, bem como de sua supremacia e, conseqüentemente, de se libertar seja do preconceito da natureza exclusivamente programática da normativa constitucional, seja do preconceito de que tal normativa tem como destinatário exclusivo o legislador ordinário. A normativa constitucional deve ser respeitada por todos os sujeitos. É a exigência do princípio geral de legalidade.

⁴⁷ FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 08.

Carta apresenta, mormente em seus primeiros artigos, os fundamentos e princípios reitores da República Federativa do Brasil, “de molde a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa da regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento”⁴⁸.

Sublinha-se, assim, a necessidade de superação da já ultrapassada doutrina constitucional que entendida ser a Carta composta por normas programáticas não auto-aplicáveis. Atualmente, a Constituição, que antes era a lei fundamental da política, passa a ser também o centro normativo do sistema, adquirindo o status de lei superior que unifica todo o complexo de normas componentes do ordenamento jurídico.

Sublinhando o caráter normativo da Constituição, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ explica que as normas constitucionais cumprem tanto as exigências formais quanto materiais das normas jurídicas, sendo formalmente legítimas, bem como possuindo suficiente grau de abstração e generalidade que permita a delineação de hipóteses fáticas e a atribuição de conseqüências jurídicas. Logo, conclui que “*tanto desde una óptica formal como desde una perspectiva material, la Constitución es verdadera norma jurídica, porque responde en un todo a los requisitos que el Derecho objetivo debe reunir*”⁴⁹.

Assim sendo, não há dúvidas de que a Constituição é fonte de Direito, e, situando-se no ápice do sistema jurídico, irradia sua influência condicionante sobre todo o tecido normativo. Nesse sentido, arremata TEPEDINO com a afirmação de que

toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional. A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas⁵⁰.

Portanto, a leitura do Direito Civil à luz da Constituição, considerando a supremacia e o caráter normativo desta, procura evidenciar a necessidade de se proceder a uma interpretação das disposições civilistas que seja adequada às disposições constitucionais, pois, pertencendo a um ordenamento unitário, a compreensão das normas deve guardar uma unidade axiológica, a qual é apresentada pela Carta. A técnica sublinha que é a leitura do Direito Civil que deve ser feita à luz da Constituição e não o inverso. Por conseguinte, frustram-se as tentativas, seja do Poder Legislativo, seja do intérprete, de alterar ou mesmo ignorar o projeto traçado constitucionalmente,

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consume e a nova teoria contratual*. p. 205.

⁴⁹ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 23.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. p. 205.

reafirmando-se que são os princípios fundamentais apresentados na Carta que devem servir de norte para a leitura da normativa ordinária.

As Constituições contemporâneas, de feição predominantemente analítica – como é o caso da Carta brasileira de 1988 –, além de organizar o Estado e seus poderes, trazem em seu texto liberdades, direitos e garantias, vinculando o poder público e os cidadãos, bem como recepcionam diversas matérias cujo conteúdo corresponde classicamente ao Direito Civil. De fato, é possível observar que, acompanhando as mudanças dos papéis atribuídos ao Estado Social em face de sua configuração liberal bem como as modificações sociais, as Constituições ampliaram seu papel no ordenamento jurídico.

Assim, observa-se que as Constituições do Estado Liberal albergavam o que hoje se denomina de direitos de primeira geração ou dimensão, os quais asseguram uma esfera negativa de proteção do cidadão com relação ao Estado, consagrando liberdades⁵¹. Atualmente, explica BONAVIDES que “os direitos de primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda sua extensão”⁵².

Foi depois do impulso dado pela Constituição de Weimar de 1919 que as Cartas Políticas dos Estados passaram a incorporar direitos de segunda geração, ou seja, direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem um fazer do Estado em favor dos cidadãos⁵³.

Após o segundo pós-guerra, intensificando-se a intervenção estatal em algumas atividades econômicas e sociais, sobrevieram os direitos de terceira geração, no sentido em que direitos antes protetivos de interesses meramente individuais passaram a proteger grupos sociais⁵⁴. Entre outros, são considerados direitos de terceira dimensão os direitos à paz, ao meio ambiente, à conservação patrimônio histórico e cultural, entre outros. No Brasil, embora houvesse esboços desses direitos nas Cartas de 1946 e 1967, só vieram a ser definitivamente incorporados na Constituição de 1988⁵⁵. Atualmente, fala-se, ainda, em uma quarta geração, referente a novos direitos decorrentes de peculiaridades que surgiram recentemente. Observa-

⁵¹ Na definição de BONAVIDES, “os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 517).

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 517.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 518. No Brasil esses direitos foram primeiro incluídos na Constituição de 1934 (segundo FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Direito Privado*. p. 90).

⁵⁴ Na explicação de BONAVIDES, “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 523).

⁵⁵ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Direito Privado*. p. 91.

se, contudo, certa diversidade de classificação quanto ao alcance dessa quarta dimensão dos direitos fundamentais, a qual, para BONAVIDES, abrangeria aqueles direitos relacionados à “globalização política na esfera da normatividade jurídica”, referindo-se ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo⁵⁶, enquanto para LENZA são direitos ligados aos avanços decorrentes da engenharia genética⁵⁷.

A despeito, contudo, da classificação desses direitos em gerações, o importante é ressaltar que esses direitos representam “o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição”⁵⁸ e que a divisão doutrinária em gerações é estabelecida com o propósito de situar diferentes momentos em que esses grupos de direitos são acolhidos pela ordem jurídica. Deve-se sublinhar, entretanto, o caráter cumulativo desses direitos no tempo, pois a menção às gerações de direitos não significa que os direitos protegidos em um momento tenham sido eliminados por aqueles do momento posterior. Nesse sentido, adverte MENDES que

os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter seu sentido adaptado às novas realidades. (...) A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras, e nesse processo, dá-se a compreensão.⁵⁹

Foi, justamente, a partir da consideração da especial relevância que assumem os direitos fundamentais no ordenamento jurídico⁶⁰ e, por conseguinte, nas relações privadas - dada a posição de supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro e a conseqüente incidência das suas disposições sobre o ordenamento jurídico privado -, que se alastrou a discussão acerca da eficácia das normas constitucionais nas relações interprivadas.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 525.

⁵⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 695.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 221.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 224.

⁶⁰ SARLET conceitua os direitos fundamentais do seguinte modo: “aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no artigo 5º, par. 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1999. p. 97 – 124. p. 99).

De fato, consoante já mencionado, a função da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, não se resume a limitar a interpretação e a ação do legislador. Conforme observa ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ⁶¹, muito embora já tenha prevalecido anteriormente o reconhecimento do caráter meramente programático de suas disposições, atualmente a tendência está em compreender a Carta como repertório de normas jurídicas integrantes do ordenamento, com incidência imediata. Anote-se que essa doutrina representa uma etapa de superação, mas não de exclusão, do caráter programático das normas constitucionais, as quais têm, ao lado deste, reconhecida sua eficácia de norma jurídica. Ocupando, portanto, o papel de norma fundamental do sistema jurídico, suas disposições vinculam a todos, podendo incidir diretamente sobre o caso concreto, bem como servir de parâmetro interpretativo ou para se averiguar a própria validade da normativa ordinária, autorizando, inclusive, a desaplicação da norma a ela contrária. Destarte, conclui FACCHINI que

ao contrário da concepção liberal clássica, que vislumbrava na Constituição apenas um limite ao poder político, sem afetar as relações privadas, regidas pela legislação infraconstitucional, o constitucionalismo contemporâneo atribui à Constituição a função de modelar também as relações sociais e econômicas, daí por que se defende que a Constituição deva ser aplicada diretamente, inclusive nas relações interprivadas (...).⁶²

Tratando da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, a doutrina costuma diferenciar a eficácia vertical da horizontal. A primeira - que é a dimensão menos controversa - aplica-se no plano das relações entre particular e Estado, ou seja, “sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais”⁶³. Trata-se, a rigor, da eficácia clássica reconhecida aos direitos fundamentais de primeira dimensão, que, ao assegurarem um âmbito negativo de proteção do cidadão, dependiam do respeito do Poder Público aos direitos fundamentais.

A dimensão horizontal dos direitos fundamentais refere-se, por sua vez, à problemática da eficácia desses direitos no âmbito das relações entre particulares, ou seja, da vinculação dos particulares, na realização de relações jurídicas entre si, aos direitos fundamentais. Entende-se, a propósito, que a referência à horizontalidade não é, contudo, a melhor opção terminológica para representar a incidência dos direitos fundamentais nas

⁶¹ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín. *El Derecho Civil Constitucional*. p. 87 – 123.

⁶² FACCHINI Neto, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 44 – 45.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2000. p. 107 – 163. p. 109.

relações privadas, optando-se pela expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou “eficácia interprivada dos direitos fundamentais”, as quais parecem expressar com maior precisão o sentido dessa dimensão da incidência dos direitos fundamentais⁶⁴, que é a vinculação dos particulares, no âmbito das relações travadas com outros particulares, à observância dos direitos fundamentais.

Embora a doutrina reconheça, atualmente, de um modo geral, o caráter normativo da Constituição e a sua eficácia no tocante às relações privadas, discute-se a forma como tal incidência ocorre, dividindo-se a doutrina na defesa da eficácia indireta ou direta dos preceitos fundamentais.

Os partidários da corrente que reconhece a eficácia indireta entendem que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre por meio da atuação (i) do legislador ou (ii) do juiz. Assim, no primeiro caso, a efetivação dos direitos fundamentais decorreria exclusivamente da ação do Legislador, que teria a prerrogativa de concreção por ser o detentor do mandato democrático. Considera-se, porém, que essa tese é insustentável no sistema brasileiro, primeiramente por afrontar o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição brasileira, que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mas também por desfigurar a supremacia da norma constitucional e a própria fundamentalidade desses direitos, entendendo-se que eventual lei que os regule não possui eficácia constitutiva, pois esses direitos já eram assegurados constitucionalmente⁶⁵.

Aqueles que exigem a mediação do juiz consideram que “os direitos fundamentais informariam a prática judicial como simples parâmetros interpretativos, aos quais se recorre, sobretudo, quando há lacunas a serem integradas ou quando a lei está redigida de forma

⁶⁴ Há, de fato, certa pluralidade de denominações. Alguns autores preferem a expressão “eficácia horizontal”, a qual pode ser criticada pelo fato de que em muitas relações privadas não há uma verdadeira relação horizontal (isonômica, pois a horizontalidade pressupõe uma tendencial igualdade) entre os pólos da relação jurídica, de modo que, naqueles casos em que uma das partes é detentora de certo ‘poder social’, pode surgir uma situação de desigualdade muito parecida com aquela que se estabelece entre o Estado e um particular, ou seja, verticalizada. Também a denominação corrente na doutrina de “eficácia contra terceiros”, baseada em uma tradução mais próxima do termo alemão *Drittwirkung der Grundrechte*, merece críticas, pois, como explica SARLET, “não se trata propriamente de um terceiro nível eficacial (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (relação horizontal) em contraposição à clássica e incontestada vinculação das entidades sociais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 114). Logo, entende-se que expressões mais adequadas seriam “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou “eficácia interprivada dos direitos fundamentais”, por expressarem a idéia central de vinculação dos particulares nas suas relações interprivadas à observância dos direitos fundamentais.

⁶⁵ Não obstante, há quem entenda que a não exigência de regulamentação legislativa pelo Congresso, composto pelos representantes do povo eleitos democraticamente, sujeita “os direitos fundamentais a uma valoração discricionária do juiz”, podendo “degenerar-se em ‘decisionismo arbitrário’ que coloque a segurança jurídica em baixíssimo nível”, desvirtuando o que é a característica fundamental do direito privado (VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 174 – 211. p. 196).

imprecisa”⁶⁶. Esta dimensão da aplicação dos direitos fundamentais, a rigor, não difere da interpretação orientada pela Constituição, que, embora seja necessária e decorrente da supremacia da Carta no ordenamento jurídico, não é suficiente, pois restringir a eficácia das disposições constitucionais a esse sentido implicaria, da mesma forma, na necessidade de intermediação de lei.

Já a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais vislumbra a possibilidade da incidência das normas constitucionais nas relações interprivadas independentemente da intermediação legal ou judicial. Tal perspectiva é relevante na medida em que a legislação ordinária é capaz de oferecer apenas uma proteção fragmentada dos direitos fundamentais, cujo sentido e alcance variam, não sendo sempre possível o acompanhamento legislativo. Ademais, possuindo a Constituição caráter normativo, não há motivo para se questionar a possibilidade de incidência imediata de suas normas aos casos concretos. Assim, considerando a ampliação do catálogo de direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas, BODIN DE MORAES salienta que “o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado”⁶⁷.

É possível observar que, doutrinariamente, a corrente da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações interprivadas tem sido defendida pelos civilistas de vanguarda, com fundamento na necessidade de observância, também nas relações privadas, dos preceitos fundamentais do sistema jurídico expressos na Constituição. Assim, além da leitura das disposições civilistas à luz da Carta, a qual proporciona uma renovação dos institutos clássicos harmonizando-os aos valores contemporâneos, a incidência imediata das normas constitucionais é considerada necessária para a concretização dos direitos fundamentais.

Contudo, não obstante a consideração da supremacia da Carta no ordenamento jurídico brasileiro, parte da doutrina ainda resiste em reconhecer a eficácia imediata das normas constitucionais nas relações interprivadas, sobretudo a partir da contraposição com o princípio da autonomia privada, o qual, nessa visão, poderia acabar sendo desvirtuado. Nesse sentido, adverte CANOTILHO, utilizando a expressão de Konrad HESSE, sobre os perigos da “panconstitucionalização”, ou seja, “a ‘colonização’ do direito privado eventualmente operada pela hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais”. E acrescenta:

⁶⁶ VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. *O chamado Direito Civil Constitucional*. p. 197.

⁶⁷ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um direito civil constitucional*. p. 28.

Esta colonização transportaria riscos evidentes quer para a *constituição dos direitos fundamentais* quer para a *ordem jurídica privada*. A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado.⁶⁸⁻⁶⁹

Entende-se, todavia, que esse argumento não procede. Primeiramente, porque a utilização freqüente da Constituição não causa, por si só, sua banalização. A rigor, sendo a pedra fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, é absolutamente necessário o seu manejo constante para uma leitura das normas ordinárias adequada ao conteúdo da Constituição, bem como para a concretização de suas disposições. Além disso, parece importante evidenciar a necessidade de distinção entre a aptidão de uma norma para a produção de seus efeitos e sua incidência em um caso concreto, pois esta incidência envolve a consideração a respeito da ligação entre os fatos concretos e a norma que rege a relação. Desse modo, afirmar que todas as normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata não autoriza, desde sempre, atestar a sua incidência em toda e qualquer relação jurídica. E não elimina, ainda, o problema de “como” ou de “que forma” ocorre a vinculação nas relações interprivadas, pois não parece ser possível utilizar a mesma técnica para a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares ou destes com o Estado.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA Filho, Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108 – 115. p. 113.

⁶⁹ Observe-se que esse entendimento também possui defensores no âmbito da doutrina brasileira. Exemplificativamente, cita-se o entendimento de VON GEHLEN, para quem “o dever de proteção do Estado jamais deve se desvincular do caráter preferencial da lei, com subsidiariedade longínqua da eficácia direta. (...) Assim, se libera o juiz de fazer, caso a caso, a aplicação dos princípios constitucionais, que exigem sempre problemáticas ponderações jurídico-constitucionais, podendo concentrar-se em sua especialidade, de interpretação e aplicação das regras de direito privado” (VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. *O chamado Direito Civil Constitucional*. p. 204). Entende, pois, que há uma colisão verificada entre a autonomia privada como garantia do livre desenvolvimento da personalidade e os direitos fundamentais, considerando-se aquela como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana – inimaginável sem uma margem de liberdade individual. Daí porque a lei não pode restringir a autonomia privada “além do necessário”, e quando o faz, deve chegar a um resultado adequado para a proteção do outro direito fundamental em questão: deve-se considerar se é mesmo a autonomia que deve ceder face ao outro direito, com base na proporcionalidade. Ao mesmo tempo, deve-se preservar o princípio fundamental do Direito Privado: a autonomia privada e sua forma particular de liberdade contratual, porque nessa seara “o homem atua como ser autônomo e responsável, que não se deve transformar em meio para fins sociais” (*Idem*, p. 205). Por fim, conclui que “toda a problemática, conforme já se pôde identificar, orbita ao redor de duas pretensões legítimas: de um lado, a realização da justiça no caso concreto; e de outro, o valor da segurança, pois que a *constitucionalização* compromete a clareza dogmática nos planos constitucional e legal” (*Idem*, p. 207).

Fundamentando o entendimento anteriormente reproduzido, CANOTILHO menciona diversas situações jurídicas – interprivadas - nas quais, valorizando-se a autonomia privada dos particulares, reconhece-se um certo espaço para a negociação de situações atinentes a direitos considerados fundamentais⁷⁰. A rigor, partindo-se da doutrina tradicional que concebe os direitos fundamentais como irrenunciáveis, inalienáveis e inegociáveis, ter-se-ia que qualquer relação privada (por exemplo, a relação contratual) que afetasse um direito fundamental dentro da ordem privatística seria nula. E não é assim que ocorre; aliás, é comum verificar a limitação de direitos fundamentais na esfera privada. Então, parece pouco factível adentrar nessa discussão sem se admitir que, de algum modo, é possível negociar ou oferecer novos contornos a esses direitos dentro da autonomia privada.

Contudo, por outro lado, cumpre salientar que essa restrição não é ilimitada. Não se pode perder de vista que as eventuais conformações ou restrições que os direitos fundamentais venham a sofrer jamais podem atingir o seu núcleo essencial, isto é, a autonomia privada não pode desfigurar um direito fundamental. Aquela aparece como um princípio que oferece um espaço para atuação dos atores privados, assegurando que seus acordos sejam respeitados; porém, do mesmo modo que o legislador, por exemplo, tem um campo de liberdade de atuação ao editar atos normativos e não pode desrespeitar os direitos fundamentais, também o particular não pode celebrar seus acordos privados desprezando-os.

Enfim, é preciso considerar que hoje não mais se alude à clássica autonomia da vontade, tendencialmente ilimitada. Atualmente, reporta-se à “autonomia privada”, sendo que o respeito aos direitos fundamentais é um pré-requisito para seu válido exercício, embora seja possível, dentro de certos limites, amoldá-los à situação concreta. Logo, ao invés de defender um núcleo irredutível da autonomia privada, o que implicaria na afirmação de que existem espaços dentro desta imunes ao projeto constitucional, parece mais adequado afirmar a necessidade de se redesenhar o próprio conteúdo da autonomia privada à luz das disposições

⁷⁰ Assim é que no primeiro dos casos mencionados – “a urbanização quimicamente branca” – há conflito entre o princípio da igualdade e da liberdade contratual; no segundo – “a terceira mulher”- entre a vedação de inserção de cláusula proibitiva da gravidez e a autonomia privada no contrato de trabalho; no terceiro caso – “as antenas parabólicas dos emigrantes portugueses” –, entre o direito de informação e a autonomia privada, demonstrando a divergência de entendimento entre os Tribunais, já que na instância ordinária fora privilegiada a autonomia, enquanto no Tribunal constitucional, o fora o direito fundamental de se informar; no quarto caso – “liberdade de consciência ou ciência aplicada” –, o conflito é entre o direito fundamental da liberdade de consciência e a violação de deveres funcionais resultantes do contrato de trabalho; e no último – “liberdade de religião ou divórcio religiosamente correcto” –, entre a liberdade de religião (e de mudança de religião) e a possibilidade de sua utilização como fundamento para dissolução do casamento (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil?* p. 111 – 112).

constitucionais, entendendo que os direitos fundamentais não trazem *limites externos* à autonomia privada mas, antes, informam seu próprio núcleo funcional⁷¹.

Destarte, filia-se ao entendimento que, considerando a supremacia material e formal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, defende sua incidência imediata, ou seja, sem a necessidade de intermediação pela via legislativa. Isso porque, materialmente, os direitos fundamentais “dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado”⁷²; formalmente, para além dos argumentos já expostos, esse entendimento é corroborado pela presença de disposição expressa na Carta. Neste sentido o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição da República prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Com relação à abrangência da mencionada disposição constitucional, importante a doutrina de SARLET, ao ressaltar que, seja a partir de uma interpretação teleológica, seja a partir da literalidade, a previsão de aplicabilidade imediata não está restrita ao catálogo de direito previstos no artigo 5º da Carta, mas se estende aos demais direitos constitucionalmente assentados. Nas palavras do autor:

em que pese a localização topográfica do dispositivo [parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988], que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar ‘as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais’) não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim equivocadamente denominados direitos individuais e coletivos do art. 5º.⁷³

2.4. A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO X PRIVADO

Considerando-se a posição de supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que todas as normas infraconstitucionais devem ser lidas à luz das suas disposições. Segundo FINGER⁷⁴, a Carta é superior por duas razões principais: (a) porque é fonte primária das normas jurídicas e (b) porque tem pretensão de permanência, expressa pela

⁷¹ Semelhantemente, TEPEDINO considera que “a rigor, não há espaços de liberdade absoluta, ou territórios, por menor que sejam, que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional, cabendo ao intérprete, em definitivo, não propriamente compatibilizar institutos do direito privado com as restrições impostas pela ordem pública senão relê-los, revisita-los, redesenhando o seu conteúdo à luz da legalidade constitucional” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. p. 21).

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. p. 98.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. p. 112.

⁷⁴ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Direito Privado*. p. 94.

rigidez que lhe assegura uma suprallegalidade material. Além disso, tendo em vista o caráter normativo dos preceitos constitucionais, reconhece-se que são aptos a incidir imediatamente sobre as relações jurídicas concretas.

Corolário disso é que a Constituição exige que todos os atos praticados sob sua égide a ela se conformem, sob pena de inexistência, nulidade ou ineficácia. Nesse sentido, “todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado, não se podendo, da mesma forma, ter um Direito Civil autônomo em relação ao Direito Constitucional”⁷⁵. Supera-se, assim, a dicotomia entre público e privado⁷⁶.

É possível constatar que, doutrinariamente, problema da separação entre Direito Público e Privado costuma vir acompanhado da afirmação da supremacia daquele sobre este, sendo uma distinção feita pelos juristas a partir de vários critérios, embora sempre controvertidos. BOBBIO⁷⁷, procurando sistematizar as classificações doutrinárias mais correntes, reduz a dois os critérios distintivos: com base na (i) *forma*, diferenciam-se as relações de *coordenação* entre sujeitos iguais, características do Direito Privado, das relações de *subordinação* entre sujeitos de níveis diferentes, indicadoras do Direito Público; a partir da (ii) *matéria que constitui objeto da relação*, distinguem-se os *interesses individuais*, que se referem a uma única pessoa, dos *interesses coletivos*, que se referem à totalidade das pessoas, sendo os primeiros característicos do Direito Privado, e os segundos, do Público.

Porém, tal distinção entre as duas esferas nem sempre foi tão nítida. FACCHINI⁷⁸ lembra que se na Grécia havia uma interpenetração entre essas esferas, em Roma já eram mais distintas. Durante o medievo houve certa absorção do público pelo privado, derivada da primazia da propriedade imobiliária em relação aos demais institutos econômico-político-jurídicos. É somente por volta do século XVIII que começa a se fortalecer a distinção entre

⁷⁵ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 88.

⁷⁶ Observe-se que “dicotomia” é mais do que mera separação. Segundo BOBBIO, a dicotomia pode ser entendida como “a capacidade: a) de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda; b) de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias” (BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 5. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 13). BOBBIO explica, ainda, que os dois termos de uma dicotomia condicionam-se reciprocamente, ou seja, “no interior do espaço que os dois termos delimitam, a partir do momento em que este espaço é totalmente ocupado (*tertium non datur*), eles por sua vez se delimitam reciprocamente, no sentido de que a esfera do público chega até onde a começa a esfera do privado, e vice-versa” (*Idem*, p. 14).

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Brasília: Editora Unb, 1995. p. 83.

⁷⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p.15 – 16.

público e privado, vendo-se o Direito Público como aquele que trata da organização do Estado, sua estrutura e funcionamento e o Direito Privado como a fonte que disciplina a sociedade civil, suas relações intersubjetivas e o mundo econômico, espaço no qual prevaleceria a igualdade entre as pessoas.

Percebe-se, entretanto, que há uma profunda mudança nessa concepção dicotômica clássica com o advento do Estado Social, a partir de quando se passa a visualizar o primado do público, devido ao aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais. Efetivamente, a expansão da atuação interventiva do Estado gera mudanças tanto no espaço público quanto no privado: no primeiro, busca-se limitar não apenas a ação do Poder Executivo, a partir do princípio da legalidade, como já acontecia, mas também os atos do Poder Legislativo, através do controle de constitucionalidade. Surge, assim, a concepção da sujeição de todos os poderes ao ordenamento jurídico e sua limitação e funcionalização à tutela dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. O Poder Judiciário também está sujeito a essa incidência, de modo que, além do dever de observar a normativa constitucional na interpretação das leis infraconstitucionais e na solução do caso concreto, tem a si atribuída a função de controlar a legitimidade constitucional da legislação ordinária.

Desse modo, as Constituições, que eram as Cartas políticas dos Estados e tinham como função precípua organizá-los, sendo consideradas o repositório, por excelência, do Direito Público, passam a se preocupar também com as relações privadas travadas na sociedade, condicionando-as ao atendimento dos fins superiores assumidos nas Cartas⁷⁹. Assim, no âmbito do Direito Privado, a vontade dos particulares passa a ser limitada não mais apenas em razão de normas imperativas em favor de outros particulares, mas principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, substituindo-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade⁸⁰. Cumpre reconhecer que a Constituição se faz presente na leitura de todas as normas do ordenamento jurídico, de modo que desaparece a rígida contraposição entre público e privado. Nesse sentido, constata BODIN DE MORAES que

⁷⁹ Nesse sentido, explica ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ que é preciso partir do entendimento de que “*los varios ‘derechos’ no constituyen un hecho topográfico, sino un ‘hecho sistemático’ y poner de manifiesto la actual interacción Estado-Sociedad, por una parte, así como, de otro lado, la relevancia pública de los intereses privados y, pareja a esta cuestión, la atribución de fines de interés general a entes privados. A estos esquemas há de atemperarse también la clásica, pero apócrifa, identificación entre Derecho público y orden público*” (ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín. *El Derecho civil constitucional*. p. 32).

⁸⁰ Nesse sentido, VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. *O chamado Direito Civil Constitucional*. p. 178. Também, entre outros, FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p.23.

a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. (...) Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o privado.⁸¹

A rigor, o que se observa, atualmente, é uma convergência entre público e privado nos dois sentidos: tanto o Estado se utiliza cada vez mais de institutos jurídicos privados, ao estabelecer, por exemplo, relações negociais com particulares⁸², como o Direito Privado desloca-se em direção ao público, o que pode ser exemplificado pela funcionalização de vários institutos típicos do Direito Privado, como contrato e propriedade, que tiveram sua garantia condicionada ao atendimento de fins sociais, bem como pelas categorias dos direitos difusos e coletivos. Nesse sentido, as distinções doutrinárias entre público e privado tornam-se cada vez mais frágeis. Segundo SILVEIRA, a questão proposta atualmente é que

cada vez mais tornam-se visíveis as relações jurídicas entre privados, nas quais fatalmente as partes não se encontram em posição de igualdade, o que levou o direito a criar novos microssistemas, ou subssistemas, no sentido de proteger a parte hipossuficiente, v.g., o campo dos direitos do consumidor. De outra parte, é também um fator de relevância o Estado não necessariamente relacionar-se com os sujeitos privados sob a forma de subordinação.⁸³

Portanto, percebe-se uma interpenetração entre público e privado. A dicotomia acabou, permanecendo, segundo a doutrina, uma diferença que é meramente quantitativa: há institutos onde prevalecem os interesses individuais e outros em que predominam os interesses da sociedade, mas sem trazer exclusivamente um ou outro interesse. Nesse sentido, entre outros, o entendimento de PERLINGIERI⁸⁴, seguido por BODIN DE MORAES que esboça a seguinte conclusão:

a divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial – isto é, expressões de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade - se transforma em distinção meramente “quantitativa”: há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece,

⁸¹ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. p. 32.

⁸² Observa-se que, atualmente, o Estado nem sempre se relaciona com os sujeitos privados em relação de subordinação; ao contrário, vem ampliando as relações de coordenação com particulares, atuando em conjunto com a iniciativa privada a partir de instrumentos como concessão, autorização e delegação.

⁸³ SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes Metáforas da Bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 21 – 53. p. 31.

⁸⁴ PERLINGIERI, Perfis do Direito Civil. p. 54. No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. p. 19 e FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 29.

em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos.⁸⁵

É em razão da queda da dicotomia entre Direito Público e Privado que se utiliza, ao longo deste trabalho, a expressão “Direito Civil” em detrimento da denominação “Direito Privado”, pois, na esteira do pensamento de PERLINGIERI, entende-se que aquele não se apresenta como antitético ao Direito Público, uma vez que faz parte de um ordenamento unitário, havendo vários pontos de confluência entre ambos⁸⁶.

Superada, assim, a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, importa, por fim, ressaltar a distinção existente entre a publicização e a constitucionalização do Direito Civil. Historicamente, é possível perceber um primeiro movimento de intervenção pública na esfera privada, reduzindo o campo da autonomia privada, por exemplo, ao determinar, imperativamente, o conteúdo de certos negócios jurídicos: é o que se denomina de publicização do Direito Privado. Nessa linha, explica LÔBO que “a denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX”⁸⁷, donde decorre uma redução do espaço da autonomia privada.

Já a constitucionalização do Direito Civil está centrada “*en la idea de la incidencia de la Constitución en el Derecho civil*”⁸⁸. Portanto, considerando-se a Carta um documento que congrega, na concepção clássica, normas de Direito Público, poder-se-ia confundir sua incidência sobre o Direito Privado com a publicização deste. Ocorre, porém, que a constitucionalização assume um sentido muito mais amplo que a publicização do Direito Civil, imprescindível para a compreensão deste contemporaneamente. Daí a necessidade de se precisar o seu sentido, anotando-se, desde logo, a observação de LÔBO relacionada a essa distinção: “em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao

⁸⁵ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. p. 26.

⁸⁶ Segundo PERLINGIERI a preferência pela utilização da expressão *Direito Civil* não representa mera mudança de rótulo: “existem pontos de confluência tão precisos entre o privado e o público que seria mais correto falar de Direito Civil do que de Direito Privado. Não é somente uma mudança de etiqueta. O Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. (...) Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio Direito Civil faz parte de um ordenamento unitário” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 54 – 55).

⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. p. 100.

⁸⁸ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín. *El Derecho Civil Constitucional*. p. 13.

passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”⁸⁹.

2.5. O SENTIDO CONTEMPORÂNEO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A doutrina da constitucionalização do Direito Civil, no sentido aqui adotado e consoante já mencionado, está assentada na idéia da incidência da normativa constitucional sobre o Direito Civil. Reconhecendo-se o caráter normativo da Constituição, atribui-se eficácia jurídica às disposições constitucionais, as quais incidem no âmbito das relações interprivadas tanto diretamente, regulamentando casos concretos a partir da normativa constitucional, como indiretamente, oferecendo parâmetros para uma interpretação autalizador dos institutos civilistas. Ressaltam, também, nesse contexto, as idéias de unidade e indivisibilidade do ordenamento jurídico, de modo que os princípios fundamentais, reitores do sistema, devem ser buscados na Carta, a qual traz uma base axiológica capaz de fornecer a necessária unidade ao sistema jurídico brasileiro. Nessa linha, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ destaca que “*porque las normas constitucionales en materia civil no pueden verse como algo separado ni concebirse a modo de parte del Derecho civil, sino como infraestructura del mismo, que esto vendrá a ser el ‘Derecho civil constitucional’ en relación aquel*”⁹⁰.

Vale mencionar, contudo, que a constitucionalização do Direito Civil pode ser descrita de formas diversas. Assim, destaca FACCHINI que essa expressão já possuiu um sentido antigo quando, no auge do liberalismo econômico e das grandes codificações do Direito Civil, as Constituições liberais eram entendidas como *Códigos de Direito Público* – no sentido em que consistiam em diplomas legislativos que buscavam disciplinar a organização e estrutura do Estado e seus Poderes, bem como algumas de suas relações com os cidadãos – ao passo que os Códigos Civis eram vistos como verdadeiras *Constituições do Direito Privado* – ou seja, “estatutos que disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, com exclusão de qualquer intervenção estatal, especialmente na área econômica, regida que era pela autonomia da vontade e pela concepção individualista de propriedade privada”⁹¹. Era um momento no qual Direito Civil e Constitucional seguiam caminhos separados e as Cartas não forneciam princípios direcionados às relações privadas – à

⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. p. 101. Em outras palavras, a publicização refere-se ao primeiro movimento, que é um processo de intervenção do Estado nas relações privadas, com aporte de regras públicas, como ocorreu no Brasil, por exemplo, com a lei de Locação. Já a constitucionalização refere-se à incidência das normas constitucionais nas relações privadas e à leitura do Direito Civil à luz da Constituição.

⁹⁰ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín. *El Derecho Civil Constitucional*. p. 19.

⁹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 33.

exceção, talvez, da garantia da propriedade privada. Além do que, as Constituições clássicas eram geralmente flexíveis, alteráveis com facilidade, ao contrário dos Códigos, os quais, por isso mesmo, eram vistos como monumentos de estabilidade e segurança⁹².

Contemporaneamente, entretanto, abandona-se esse sentido, reconhecendo-se que o Código sequer abrange todas as normas relacionadas ao conteúdo do Direito Civil, havendo necessidade de diversas leis esparsas para a regulamentação das relações privadas. Passa-se, então, a encarar a constitucionalização do Direito Civil a partir de dois aspectos principais: (i) a recepção de normas relacionadas ao Direito Civil na Carta e (ii) a interpretação da normativa ordinária conforme a Constituição.

Quanto ao primeiro sentido, de fato, é possível observar que as Constituições contemporâneas, expressando o interesse do Estado pelas relações interprivadas travadas na sociedade, recepcionam normas sobre institutos fundamentais do Direito Civil, como família, propriedade e contrato⁹³. Desse modo, vários institutos que eram tratados apenas nos Códigos Civis passaram a merecer, contemporaneamente, disposições constitucionais, seja na forma de princípios ou regras. Embora essa recepção consubstancie um sentido de constitucionalização do Direito Civil, prefere-se denominá-la de “relevância constitucional das relações privadas”, com o intuito de diferenciar a previsão constitucional com conteúdo material relacionado ao Direito Civil da ampla incidência da Carta neste ramo do Direito.

O segundo sentido - aqui denominado “constitucionalização do Direito Civil” - vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas mais recentemente e está ligado às conquistas hermenêuticas contemporâneas como, por exemplo, a força normativa dos princípios constitucionais e a interpretação conforme a Constituição. Possui, evidentemente, um campo de incidência mais amplo que o primeiro sentido, porque “implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais”⁹⁴.

⁹² Nesse sentido, FACCHINI menciona o exemplo francês: “somente no seu primeiro ciclo revolucionário, de 1789 a 1814, os franceses tiveram seis Constituições: em 1791, em 1793, em 1799, em 1802 e 1804. Nos ciclos posteriores prossegue a ‘valsa das constituições’, na expressão de Maurice Duverger, com as constituições de 1814, 1830, 1848, 1852, 1870. Um período estável se obtém somente com a Terceira República, inaugurada em 1870, que fornece ao país a constituição de 1875” (FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 34. Nota n. 42). Ao lado disso, lembra-se que a França contava com um Código Civil editado em 1804, o qual permanece vigente até os dias atuais – embora já tenha sido objeto de alterações.

⁹³ Aliás, esse é o tripé do Direito Civil na conhecida concepção de Jean CARBONNIER, com expressão na doutrina nacional no magistério de FACHIN, que o expressa pelas denominações abrangentes de projeto parental, titularidades e trânsito jurídico.

⁹⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 37.

Reconhece-se, assim, que a Constituição alberga princípios diretamente aplicáveis às relações interprivadas, de onde decorre a orientação de que todo o Direito Civil deve ser interpretado em consonância com a Carta. Segundo BODIN DE MORAES, “a norma constitucional assume, no Direito Civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”⁹⁵. Destarte, a Constituição deixa de ser apenas programa político, para ter reconhecida sua normatividade jurídica superior e servir de parâmetro de confrontação para todo o ordenamento jurídico. Além disso, o caráter normativo da Constituição impõe sua observância não apenas ao poder público, mas, também, a todos os cidadãos.

Tais apontamentos conduzem à consideração da unidade do ordenamento jurídico, que, sendo um sistema, encontra na Carta o elemento que lhe oferece unidade e coerência. É importante ressaltar esse ponto, pois diante da descodificação ou fragmentação do Direito Civil o sistema unitário simbolizado pelo Código Civil é dismantelado por uma miríade de leis e decretos, de modo que é também para “tentar garantir um mínimo de unidade sistemática [que se] busca subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da Constituição”⁹⁶. De fato, contemporaneamente, “negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecido axiológico próprio, desprovido de unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional”⁹⁷.

Conseqüentemente, colocando-se a Constituição no centro do ordenamento jurídico, e negando-se ao Código Civil essa posição e a vocação totalitária, revela-se que o paradigma que informou e conformou o movimento codificador não é mais adequado à atual sociedade pluralista, uma vez que os princípios fundamentais da sociedade liberal não são os mesmos que imperam na ordem constitucional contemporânea. Hodiernamente, como bem aponta FINGER, “o Direito Civil constitucionalizado parece estar em busca de um fundamento ético, que não exclua o homem e seus interesses não-patrimoniais, da regulação patrimonial que sempre pretendeu ser”⁹⁸.

Por conseguinte, se na perspectiva tradicional, expressa no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁹⁹, os princípios encontrariam aplicação somente nos casos em que

⁹⁵ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. p. 29.

⁹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 40.

⁹⁷ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. p. 26.

⁹⁸ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 95.

⁹⁹ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Decreto-Lei n. 4657/42).

não houvesse regra prevista para o fato a ser jurisdicizado, admite-se que, hodiernamente, os princípios destinam-se a alicerçar objetiva e sistemicamente todo o ordenamento jurídico, constituindo exigências de otimização. Nessa esteira, o sistema passa a ser axiológico (ou seja, fundado em valores), aberto (pois mantém relação dialógica com a realidade), admitindo a formulação de outros princípios ou subprincípios, implícitos no sistema. São, a rigor, os valores albergados nos princípios constitucionais devem permear todo o ordenamento, conferindo a cada regra a razão de sua validade¹⁰⁰.

Partindo-se da unidade do sistema jurídico e do caráter normativo das disposições constitucionais, não há como deixar de considerar que também as regras atinentes ao Direito Civil não podem ser vistas como dissociadas ou pertencentes a um mundo diferente daquele em que está a Constituição, a qual hierarquiza e conforma o sistema. De fato, além do Direito Civil aparecer, contemporaneamente, constitucionalizado, é possível ir mais longe e afirmar que todas as regras infraconstitucionais devem ser interpretadas conforme a Constituição, não havendo espaço no sistema para normas inconstitucionais. Nesse sentido, importante a lição de PERLINGIERI:

La normativa fondamentale assurge quindi a giustificazione della norma ordinaria che con la prima si deve armonizzare coerentemente e ragionevolmente (...). Si è osservato che ciò implicherebbe un'operazione culturale consistente 'nella costituzionalizzazione di tutti i settori delle discipline giuridiche, cioè nell' 'iperinterpretazione' del documento costituzionale, con conseguente allentamento sia delle 'regole culturalmente accettate di interpretazione' sia del 'controllo della cultura sociale sulla attribuzione di significati agli enunciati', sí da produrre 'un alto grado di instabilità nell'organizzazione giuridica ed una notevole incertezza giuridica'.

*È da osservare, invero, che ogni fase di rapida trasformazione sociale e di mutamento radicale di vita non si può certo caratterizzare per monolitiche certezze. (...) Il principio di legalità costituzionale è un punto fermo, una via obbligata per l'interprete che intenda ritrovare una uniformità d'interpretazione (...) utilizzando tutte le potenzialità insite nel sistema giuridico (...).*¹⁰¹

¹⁰⁰ Nesse sentido, a esclarecedora lição de BODIN DE MORAES: “ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico” (TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. p. 29).

¹⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *Norme costituzionali e rapporti di Diritto Civile*. p. 119. Significa, em tradução livre, que as normas constitucionais emergem, pois, como justificação das normas ordinárias, as quais devem se harmonizar coerente e razoavelmente com as primeiras. Há quem entenda que isso implica em uma operação consistente na constitucionalização de todos os ramos do Direito, ou seja, na ‘hiperinterpretação’ do documento constitucional, com conseqüente mitigação das ‘regras culturalmente aceitas de interpretação’ e produção de ‘um alto grau de instabilidade na organização jurídica e uma notável incerteza jurídica’. É de se observar, entretanto, que cada fase de transformação social e de modificação da vida não se caracteriza pela monolítica certeza. O princípio da legalidade constitucional é um ponto firme, uma via obrigatória para o intérprete que pretenda encontrar uma uniformidade de interpretação utilizando toda a potencialidade presente no ordenamento jurídico.

Portanto, todas as normas devem ser frutos de uma leitura que considere a estrutura e a lógica do sistema dado pela Carta. Certamente que o papel do intérprete, nesse contexto, adquire grande valor, pois como o sistema não pretende colocar todas as regras atinentes às relações privadas na Constituição, a forma como elas devem ser interpretadas é essencial. Surge, assim, um mandamento para que

o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, deva também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto do litígio (...) ou que enunciam valores e objetivos que devem orientar toda e qualquer atividade estatal, especialmente a jurisdicional, mas também a atividade privada¹⁰².

Há autores¹⁰³ que apresentam como fundamento legal para a possibilidade de interpretação conforme a Constituição o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰⁴. Porém, entende-se que não é necessário fazer essa invocação, pois, nas palavras de FINGER, “parece de todo inadequado que se necessite lançar mão de um preceito positivado em uma lei ordinária como porta de entrada para o ingresso dos princípios constitucionais na órbita infraconstitucional, como se a Lei Fundamental não detivesse força normativa bastante”¹⁰⁵. Não é despendendo lembrar que no Brasil a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, parágrafo 1º a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e, embora não se tenha feito constar expressamente que esses direitos se aplicam às relações privadas¹⁰⁶, parece evidente que a eficácia no âmbito das relações públicas ou privadas é idêntica, “diante da constatação também óbvia de que importantes situações de desigualdade ocorrem no seio das relações privadas, por conta do exercício de maior ou menor poder social, situações estas que veio o constitucionalismo social justamente tentar remediar”¹⁰⁷.

Pode-se afirmar, dessarte, que a constitucionalização do Direito Civil implica a leitura deste à luz da tabua axiológica dada pela Carta, apresentando um compromisso ao jurista com a efetividade social dos direitos fundamentais. Superando-se o debate acerca da necessidade de proteção dos direitos fundamentais também nas relações privadas, entende-se que a

¹⁰² FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 43.

¹⁰³ Segundo FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 98.

¹⁰⁴ “Art. 5. Na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (LICC).

¹⁰⁵ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 98.

¹⁰⁶ Como o fez, por exemplo, a Carta Portuguesa que no artigo 18, n. 1 prescreve que os direitos, liberdades e garantias vinculam não só as entidades públicas como também as entidades privadas.

¹⁰⁷ FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. p. 99.

intermediação do legislador não é essencial para a concretização desses direitos, os quais podem ser aplicados diretamente pelos juízes. Efetivamente, como bem adverte FACCHINI, “caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a *omissão* do legislador ordinário ter mais força eficaz que a *ação* do legislador constituinte”¹⁰⁸.

Assim, reconhecendo-se a incidência da Constituição sobre o Direito Civil e as relações interprivadas, tem-se que “o tecido normativo do Código Civil e toda a legislação infraconstitucional deverão ser informados pelos mesmos princípios”¹⁰⁹. Ademais, a norma constitucional não pode ser considerada mera regra hermenêutica, mas norma jurídica apta a incidir diretamente sobre o conteúdo das relações privadas, funcionalizando-as aos seus valores¹¹⁰. É justamente a partir da incidência constitucional no Direito Civil que este é repersonalizado, tendo seus institutos despatrimonializados em função da primazia conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à dignidade humana e aos direitos existenciais.

2.6. A SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA PATRIMONIALISTA CLÁSSICA DO DIREITO CIVIL E A ATUAL TENDÊNCIA À DESPATRIMONIALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO

A constitucionalização do Direito Civil parte da premissa de que a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico, de modo que são os princípios e regras nela consubstanciados que devem servir de parâmetro interpretativo para a normativa ordinária. Assim, provindo a unidade axiológica do sistema da Carta, sua incidência sobre o direito infraconstitucional traz consigo a consequência de que os valores éticos e políticos deste sejam adaptados para se harmonizar com os valores superiores constitucionalmente consagrados. Nesse sentido, conclui PERLINGIERI que “*conseguentemente il primato del valore della persona umana e dei suoi diritti fondamentali*

¹⁰⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. p. 49.

¹⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. p. 15.

¹¹⁰ Segundo PERLINGIERI, “*il diretto rapporto tra interprete e norma costituzionale tenta di evitare sia la separazione di quest’ultima dal restante sistema normativo sia un ingiustificato sdoppiamento rivolto ad isolare ed a giubilare la norma costituzionale, sostanzialmente ribadendo l’unitarietà dell’ordinamento ed il conseguente superamento della tradizionale contrapposizione del pubblico e del privato. Sí sarebbe certamente una limitazione arbitraria prospettare la rilevanza delle norme costituzionali nei rapporti concreti soprattutto o esclusivamente per i diritti fondamentali da un lato e le leggi di diritto pubblico dall’altro*” (PERLINGIERI, Pietro. *Norme costituzionali e rapporti di Diritto Civile*. p. 132).

esclude che l'area del diritto civile si possa esaurire in una concezione patrimonialistica fondata ora sulla centralità della proprietà ora sulla nozione di impresa"¹¹¹.

É preciso observar, portanto, que os valores fundamentais eleitos pela Constituição servem de norte para uma compreensão atual do Direito Civil, sendo individuáveis a partir de uma interpretação histórico-sistemática da Carta, da qual emerge a centralidade de pessoa humana. Com efeito, não se pode negar a especial relevância atribuída à dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988, expressa já no seu primeiro artigo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Dessa diretriz decorre, já a partir de uma análise sumária, que *"una concezione esistenziale, rispettosa della dignità dell'uomo, delle sue esigenze e dei suoi diritti civili è prevalente su prospettive produttivistiche"*¹¹².

Essa orientação conduz à necessidade de uma releitura de grande parte das disposições civilistas, pois se reconhece que a perspectiva clássica, herdada do Oitocentos e reitora das grandes codificações civilistas, assenta-se na prevalência do patrimônio¹¹³. Tanto é assim que propriedade e contrato eram os institutos chaves dos Códigos Civis, o que se considera, atualmente, incompatível com a centralidade oferecida pela Carta à pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Assim, assumindo que a Constituição é portadora de valores materiais que colocam a pessoa em um patamar diferenciado daquele característico do Estado Liberal, entende-se que, se antes o Direito Civil visava regular a vida privada sob o ponto de vista privilegiado do patrimônio, colocando a propriedade privada em seu centro, atualmente os princípios constitucionais têm por meta a realização dos valores da pessoa humana, como titular de interesses existenciais que estão acima dos patrimoniais¹¹⁴. Por conseguinte, reconhecendo-se a incidência da Carta sobre o Direito infraconstitucional, o Direito Civil deve modificar o seu mote, passando de um direito proprietário para um ramo do Direito que procura regular os interesses das pessoas que vivem em sociedade de modo a propiciar seu desenvolvimento com dignidade.

¹¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*. p. 05. Significa, em tradução livre, que o primado do valor da pessoa humana e seus direitos fundamentais exclui que a área atinente ao Direito Civil possa se exaurir em uma concepção patrimonialista ora centrada na propriedade, ora na noção de empresa.

¹¹² PERLINGIERI, Pietro. *Norme Costituzionali e Rapporti di Diritto Civile*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989. p. 109 – 134. p. 113. Significa, em tradução livre, que uma concepção existencial, respeitosa da dignidade do homem, de suas exigências e de seus direitos civis é prevalente sobre a perspectiva produtivista.

¹¹³ Nesse sentido, sublinha LÔBO que "a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. p. 103).

¹¹⁴ Nesse sentido, explica FACHIN que "não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação" (FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. p. 06).

É nesse sentido que surge “a tendência em se condicionar a efetividade dos efeitos patrimoniais dos atos jurídicos (*lato sensu*) atrelados à realização de valores superiores do ordenamento, tal como a dignidade da pessoa humana (CR, art. 3º, inc. III), até porque este valor jurídico, dentre outros, encontra-se no vértice da estrutura legal”¹¹⁵.

Logo, tendo em vista que os valores superiores do ordenamento jurídico contemporâneo são focados na pessoa e seus direitos fundamentais, bem como a incidência desses na leitura de todo o direito infraconstitucional, passa-se a falar nas tendências de despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil.

Nesse sentido, tomando o Direito como um sistema axiológico que tem na pessoa o valor primordial, Orlando de CARVALHO, afirma a necessidade de se restaurar, no âmbito do Direito Civil, a primazia desse valor, ou seja, “urge repor o indivíduo e seus direitos no topo da regulamentação *jure civili*, não simplesmente como *actor* que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação”¹¹⁶. Observe-se que a primazia oferecida ao sujeito na perspectiva do Direito Civil Constitucional não se confunde com a concepção abstrata de sujeito que prevalecia nas codificações civilistas clássicas; ao contrário, impõe-se, atualmente, a consideração da pessoa em sua concretude, ou seja, avaliando-se as peculiaridades de cada um de modo que, em atendimento ao princípio constitucional da igualdade material, essas condições sejam consideradas tanto pelo legislador, quanto pelo intérprete-aplicador do Direito¹¹⁷.

Portanto, a chamada “repersonalização do Direito Civil” é entendida no sentido da localização da pessoa e suas emanções no centro do Direito Civil, o que decorre, evidentemente, de uma leitura constitucionalizada deste, já que a pessoa é o valor supremo adotado pela carta principiológica constitucional. Assim, a pessoa deve ser protegida pelo ordenamento jurídico em todas as suas manifestações, o que abrange todos os interesses e condutas subjetivas nas quais se realiza a personalidade¹¹⁸.

É a partir da repersonalização do Direito Civil que se pode falar na “despatrimonialização” dos institutos civis, pois, segundo PERLINGIERI, “a transformação

¹¹⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 35.

¹¹⁶ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981. p. 93 – 94.

¹¹⁷ Nesse sentido, explica FACCHINI que “o sujeito abstrato das codificações oitocentistas cede espaço ao sujeito visto em sua concretude, como locatário, consumidor, arrendatário, empregado, percebendo-se que as peculiaridades de cada uma dessas situações deve receber um tratamento jurídico próprio, de forma a compensar juridicamente o desequilíbrio econômico que se percebe existente em tais relações” (FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões historico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado*. p. 28).

¹¹⁸ Nesse sentido, PERLINGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive essenziali*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. 2.ed. Nápoles: ESI, 1991. p. 317 – 405. p. 320 e *passim*.

despatrimonializadora do Direito Civil se produz fundamentalmente como consequência do maior relevo dado à pessoa”¹¹⁹. A despatrimonialização do Direito Civil, na esteira da prevalência dos interesses existenciais sobre aqueles econômicos, decorre da afirmação de que os direitos de ordem essencialmente pessoal antepõem-se aos direitos de fundo exclusivamente patrimonial. Para TEPEDINO, trata-se de estabelecer

novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa privada e as situações jurídicas patrimoniais.¹²⁰

Certamente que não se trata de eliminação do conteúdo patrimonial do Direito Civil, o qual não pode ser subtraído da vida de relação, sendo possível constatar, inclusive, a relevância existencial de algumas situações patrimoniais estruturalmente ligadas com o livre desenvolvimento da pessoa¹²¹. Portanto, a despatrimonialização do Direito Civil deve ser entendida a partir da incidência constitucional sobre a normativa civilista impondo a consideração da centralidade da pessoa e de seus direitos existenciais, “que não se realiza a partir de uma redução ou de um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas em uma tutela qualitativamente diversa que não prejudique o livre e digno desenvolvimento da pessoa humana”¹²².

Observa-se, a partir dessas diretrizes, que os institutos civilistas de cunho predominantemente patrimonial são funcionalizados ao atendimento de interesses não-patrimoniais. Assim, para além de instrumentarem as relações econômicas entre as pessoas, assumem um papel do tipo promocional, voltado à realização dos valores superiores do ordenamento jurídico. Portanto, na síntese de LÔBO,

o desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da

¹¹⁹ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil*.

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. p. 22.

¹²¹ Nesse sentido, PERLINGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive esistenziali*. p. 318.

¹²² PERLINGIERI, Pietro. ‘Depatrimonializzazione’ e Diritto Civile. In: PERLINGIERI, Pietro. *Scuole tendenze e metodi*. Nápoles: ESI, 1989. p. 173 – 178. p. 177. Tradução livre de parte do seguinte trecho: “ocorre predispor a rivedere il sistema del diritto civile nel rispetto della centralità dei valori della persona nell’ordinamento, che si realizza non con una riduzione o con un aumento di tutela delle situazioni patrimoniali, ma in una loro tutela qualitativamente diversa sì da comprimere il libero e dignitoso sviluppo della persona umana mediante schemi inadeguati e superati, e sì da consentire il funzionamento di un sistema economico misto, privato e pubblico, portoso a produrre modernamente e a distribuire più giustamente”.

primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.¹²³

2.7. ALGUNS REFLEXOS NOS INSTITUTOS CLÁSSICOS DO DIREITO CIVIL

Tais considerações, certamente, causam importantes reflexos em todo o tecido normativo infraconstitucional, sendo que também o Direito Civil tem seus principais institutos relidos à luz dos princípios constitucionais. Antes de representar mero modismo, frisa-se que a constitucionalização do Direito Civil não visa diminuir ou aniquilar o relevante papel deste na sociedade hodierna; “ao contrário, procura revitalizá-lo, objetivando a conservação e renovação dos institutos civilísticos”¹²⁴, apresentando-se como premissa necessária para a sua compreensão contemporânea.

Assim, tomando-se o tripé do Direito Civil, tal como identificado por FACHIN¹²⁵, percebe-se que os institutos fundamentais deste ramo do Direito vêm experimentando profundas modificações por conta da incidência constitucional.

No âmbito da família, a repersonalização impõe a superação da perspectiva de regulamentação das relações familiares em função do patrimônio, pois “a característica fundante da família atual é a afetividade”¹²⁶. Nesse sentido, a doutrina aponta para a substituição da “família-instituição” pela “família instrumento”, a qual tem como função o desenvolvimento da personalidade de cada uma das pessoas que integram a comunidade familiar¹²⁷. Ademais, avultando a igualdade e o afeto nas relações familiares, os vínculos biológicos, o laço matrimonial e a unicidade patrimonial passam a ser considerados aspectos secundários. Sobressai o aspecto sócio-afetivo no tocante às relações de filiação¹²⁸, bem como a tutela dos interesses existenciais em relação à proteção ao patrimônio. Segundo LÔBO, resumidamente, a família contemporânea tem como exigências mínimas uma ordem jurídica que, resumidamente,

respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte

¹²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. p. 103.

¹²⁴ NALIN, Paulo. *Do Contrato*. p. 40.

¹²⁵ FACHIN, Luis Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. *Passim*.

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. p. 104.

¹²⁷ Nesse sentido, TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um direito civil constitucional*. p. 30.

¹²⁸ FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. p. 155.

sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais.¹²⁹

No âmbito dos direitos subjetivos patrimoniais, sublinha-se a sua funcionalização ao atendimento de interesses sociais de cunho não-patrimonial. Assim ocorre com os outros dois pilares da ordem jurídica civilista, contrato e propriedade, que têm sua garantia condicionada à observância dos valores fundamentais do ordenamento jurídico centrados na pessoa, consoante estabelecido pela Constituição.

No tocante à propriedade, nessa linha, destaca-se a previsão constitucional da sua função social: ao mesmo tempo em que a Carta garante o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII), estabelece que a propriedade atenderá sua função social (art. 5º, inc. XXIII), reafirmando essa necessidade no artigo 170 ao colocar a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica. Sendo incompatível com a noção liberal absolutista de propriedade, a função social emerge não como mero limite externo aos poderes proprietários, mas como elemento interno componente da própria estrutura da propriedade. Nesse sentido, constata PERLINGIERI que

La funzione sociale preordinata per la proprietà privata non concerne esclusivamente i limiti di questa. La funzione sociale, costruita come l'insieme dei limiti, rappresenterebbe una nozione soltanto di tipo negativo volta a comprimere i poteri proprietari, i quali con il venir meno dei limiti rimarrebbero integri e ispirato alla solidarietà politica, economica e sociale e al pieno sviluppo della persona il contenuto della funzione sociale assume un ruolo di tipo promozionale, nel senso che la disciplina delle forme proprietarie e le loro interpretazioni dovranno essere attuate per garantire e per promuovere i valori sui quali si fonda l'ordinamento. (...) Questa è da intendere non come un intervento 'in odio' alla proprietà privata ma diviene 'la ragione stessa per la quale il diritto di proprietà è stato attribuito ad un certo soggetto', un criterio di azione per il legislatore e di individuazione della normativa da applicare per l'interprete, chiamato a valutare le situazioni connesse all'espletamento di atti e di attività del titolare.¹³⁰

¹²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. p. 104 – 105.

¹³⁰ Nesse sentido, PERLINGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive patrimoniali*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Nápoles: ESI, 1991. p. 407 - 472. p. 445. Em tradução livre, significa que a função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites, concernindo, a rigor, ao conteúdo global da disciplina proprietária. Se construída como conjunto de limites, a função social seria somente uma noção do tipo negativo voltado a comprimir os poderes proprietários. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. Não deve ser entendida como uma intervenção de “ódio à propriedade privada”, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.

Também o contrato tem suas bases modificadas à luz do Direito Civil Constitucional. Assim, se a perspectiva clássica albergada pelo Código Civil apresenta um contrato entre indivíduos autônomos, formalmente iguais e visa a realização de uma função individual, à luz da Constituição de 1988 apenas se admite o contrato que realiza sua função social. Essa compreensão decorre da leitura do artigo 170 da Carta, o qual demonstra que o paradigma constitucional do contrato não é o mesmo das codificações oitocentistas ao afirmar que a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Diante dos objetivos assumidos constitucionalmente – sublinhando-se, aqui, o elenco apresentado no artigo 3º da Carta – percebe-se que o modelo de contrato fundado na igualdade meramente formal e na autonomia da vontade tendencialmente ilimitada, que não admitia qualquer intervenção estatal, não é adequado ao projeto constitucional. Para além da cega exigência de cumprimento das condições estabelecidas pelas partes no momento da contratação, o contrato é permeado por preocupações com a justiça contratual, de onde decorrem exigências de boa-fé e de equilíbrio material do contrato. A rigor, a própria autonomia privada é redesenhada a partir do reconhecimento da incidência da Constituição sobre o Direito Civil.

Portanto, frisa-se que as tendências que marcam o Direito Civil Constitucional alcançam também o contrato, o qual resta repersonalizado, sofrendo a influência da primazia dos valores existenciais da pessoa com relação aos valores patrimoniais. Nas palavras de NALIN, “o homem está no centro das atenções constitucionais. Um contrato que não leve em conta tal aspecto fundamental de nosso ordenamento jurídico é inválido, mesmo que virtualmente nulo. Uma decisão judicial que o desconsidere não realiza os valores constitucionais da dignidade e da solidariedade, sendo, destarte, contrária à Carta”.¹³¹ Assim, sem que se possa sustentar a superação do conteúdo patrimonial do contrato – que, certamente, se mantém presente – pode-se falar na despatrimonialização do contrato no sentido da renovação dos seus propósitos, em um sistema no qual se oferece maior atenção às pessoas do que ao conteúdo econômico do negócio.

Logo, reconhecendo-se que a função social do contrato integra a sua própria estrutura, tem-se que o contrato contemporâneo somente é garantido pelo ordenamento jurídico na medida em que cumpra sua função social e observe os princípios e regras garantidos na Carta.

¹³¹ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p.249.

III - A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE CONTRATO

“O contrato individualista e subjetivista não é uma verdade universal, inacessível à lei da evolução”¹.

As mudanças acarretadas com o advento da configuração Social de Estado trouxeram a necessidade de adoção de novas orientações no projeto traçado pela Constituição da República, devendo o contrato a elas se adaptar. Rompe-se, assim, o individualismo e o liberalismo acentuados que por longo tempo marcaram a teoria dos contratos civis, inserindo-se elementos de proteção e promoção da dignidade humana, passando-se a ver no contrato um potencial instrumento de concretização dos objetivos adotados pela Carta.

As intervenções estatais cada vez mais constantes, orientando-se, em grande medida, pela substituição das regras dispositivas por regras cogentes na disciplina do contrato, bem como a verificação fática do surgimento de novas formas contratuais, evidenciam a necessidade de se assentar o contrato em novas bases.

De fato, o modelo clássico do contrato paritário vem perdendo espaço no sistema contemporâneo. Concebido para se conformar a uma relação na qual figuram apenas duas partes – credor e devedor – tem sua estrutura abalada pela emergência de relações plúrimas, difusas ou coletivas². Há quem considere, inclusive, que se é verdade que ainda existem relações que podem se conformar ao desenho do contrato paritário, essa não é mais a regra na atual sociedade massificada³.

Observa-se, com efeito, uma diminuição do papel da vontade, enquanto elemento nuclear do contrato, cedendo espaço a contratos coativos ou necessários e mesmo a comportamentos automáticos ou socialmente típicos⁴. O próprio objeto do contrato muitas

¹ KHALIL, Magdi Sobhy *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 89.

² Nesse sentido, pode-se citar, exemplificativamente, a previsão da Convenção Coletiva de Consumo, no artigo 170 da Lei 8.078/90.

³ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 111.

⁴ Nesse sentido, importante o alerta feito por NALIN acerca da demanda por maior agilidade e fluidez na disciplina dos contratos, devendo-se considerar a existência “de algumas relações, tidas como, simplesmente, de fato ou comportamentais, sem que haja manifestação de vontade intencional, ao menos de um dos sujeitos, destinadas à produção de efeitos jurídicos no plano dos contratos” (NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 116). Segundo o referido autor, “o contrato de fato há de ser entendido enquanto realização de um fato diverso do contrato, mas que decorre da materialização de uma efetiva relação jurídica, reconhecida pelo ordenamento jurídico e que na essência de tais realizações o ordenamento deve inclinar-se àquela mais próxima do fato jurídico-contratual” (*Idem*, p. 117). O autor cita como exemplo a constituição de sociedades comerciais de fato, eventualmente surgidas da mera prática rotineira do exercício comum de uma atividade econômica, sem que tenham os sócios a intenção de constituir ou não uma sociedade. Há, nessa linha, inúmeros fenômenos existentes entre o contrato (direito) e os fatos, os quais, mesmo não sendo expressamente regulados pela norma, produzem efeitos jurídicos, demonstrando a utopia da idéia de completude do sistema jurídico codificado ao revelar que nem todos os fatos são captados pelo Código, mas nem por isso o sistema jurídico pode deixar de os regular (*Idem*, p. 115-118).

vezes está dissociado das previsões civilistas, em um contexto onde os bens imateriais assumem cada vez maior relevância.

A massificação das relações contratuais é outro fator que contribui para a crise do modelo clássico de contrato, pois é certo que as relações uniformes travadas em massa não estão sujeitas ao princípio da liberdade contratual em sua acepção clássica⁵.

Concomitantemente, a Constituição da República de 1988 impõe a leitura do Direito Civil à luz de suas disposições, estabelecendo a prevalência dos interesses sociais e existenciais com relação àqueles patrimoniais. Certamente que os interesses patrimoniais também são albergados pela própria Carta, a qual recepciona o sistema de produção capitalista, reconhece a propriedade privada e a liberdade de mercado, mas não de forma absoluta, pois os limita em razão de interesses sociais.

O desafio que surge, portanto, está em apresentar uma concepção de contrato que não é amplamente livre, mas também não é totalmente dirigido; que é utilizado como instrumento de um mercado livre, mas sem se distanciar dos objetivos maiores, de cunho social, traçados na Constituição; que deve servir à satisfação dos interesses individuais, mas não egoísticos, não podendo se afastar da sua função social. Logo, também o contrato requer uma análise que conforme a liberdade à solidariedade social, podendo ser visto como um importante espaço para a apreciação da justiça social.

3.1. O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE CONTRATO

Tais diretrizes apresentam grandes desafios à tarefa de conceituação dos tradicionais institutos do Direito Civil, pois, visualizando-se a necessidade de superação dos rígidos moldes apresentados pela dogmática, excessivamente abstratos e incapazes de atender os fenômenos e exigências contemporâneas, requer-se o delineamento de concepções que sejam consentâneas às atuais demandas e às orientações constitucionalmente indicadas.

Essa empreitada parece ser ainda mais árdua no âmbito do Direito das Obrigações, considerando-se os esforços doutrinários já despendidos pela doutrina na tarefa de construção de conceitos gerais e abstratos na perspectiva do crédito e do débito, procurando imprimir-lhes sentido ahistórico e perene. Nessa senda, PERLINGIERI ressalta que

⁵ Para se ter uma idéia da frequência prática desse tipo de contratação, basta pensar na quantidade de contratos de transporte são concluídos diariamente. A advertência e o exemplo são propostos por GOMES, Orlando. *In: Contratos*. p. 30.

a despeito da difundida consciência da historicidade e da conseqüente relatividade das categorias jurídicas, a obrigação, ou a relação obrigacional, ainda hoje apresenta-se, na maioria das vezes, como uma categoria ahistórica, “sempre igual a si mesma”, neutra; construída individuando o mínimo denominador comum entre as diversas obrigações e reduzindo as diversidades a perfis descritivos externos ao conceito, espúrios em relação a ele⁶.

O mesmo pode ser observado com relação ao contrato, principal fonte das obrigações. Embora a doutrina se incline no sentido do reconhecimento da crise do modelo clássico de contrato, considerado inadequado para responder aos anseios contemporâneos, percebendo a necessidade de relativização dos princípios tradicionais e da inserção de novas bases aptas a readequar o contrato às demandas contemporâneas, não raro o seu conceito continua intocado, sendo apresentado sem a necessária revisão requerida para o ajustar à concepção contemporânea.

Importante mencionar que o Código Civil brasileiro de 2002, seguindo orientação já adotada pela anterior codificação de 1916, não conceitua o contrato (não obstante muitas figuras contratuais típicas contem com conceitos apresentados pelo legislador⁷). Assim, diferentemente de algumas legislações civis⁸, o Código pátrio deixa essa tarefa a cargo da doutrina, que desempenha relevante trabalho no âmbito dessa lacuna legislativa e, a despeito da pluralidade e complexidade das relações contratuais contemporâneas – que dificultam a explicitação de um

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Situazione soggettive patrimoniali*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1991. p. 415. Tradução livre de: “nonostante la diffusa consapevolezza della storicità e della conseguente relativizzazione delle categorie giuridiche, l’obbligazione, ossia il rapporto obbligatorio, si prospetta per lo più ancor oggi come categoria storica ‘sempre uguale a se stessa’, neutrale; costruita cogliendo il minimo denominatore comune alle diverse obbligazioni e riducendo le diversità a profili descrittivi ed esterni al concetto, spuri rispetto ad esso”.

⁷ Assim, entre outros, o artigo 538 do Código Civil define a doação, o art. 565, a locação; o art. 579 o comodato; o art. 586, o mútuo.

⁸ O Código Civil italiano de 1942 assim conceitua o contrato: “art. 1321: *nozione – Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”. BESSONE, a partir de ampla pesquisa, constata a orientação seguida por alguns Códigos de não conceituar o contrato (entre eles o Código Civil alemão, o código Federal das Obrigações da Suíça, o soviético e o polonês) e de outros no sentido oposto, apresentando as definições constantes de alguns Códigos: “Português: ‘contrato é o acordo, que por duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação’; Espanhol: ‘El contrato existe desde que una ó varias personas consienten en coligarse, respecto de outra ó otras, a dar alguna cosa o prestar algun servicio’; Digesto de Direito Civil Inglês, formulado por JENKS e outros: ‘un contrat est une convention qui crée ou que este desntinée à créer une obligation juridique entre lês parties qui la concluent’ (trad. de BAUMAN ET GOULÉ); Argentino: ‘Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad comun, destinada a reglar sus derechos’; Mexicano: ‘contrato es un convenio por el que dos ó más personas se transfieren algun derecho ó contraen alguna obligación’ (BESSONE, Darcy. *Do contrato*. p. 21). Já o Código Civil francês, em seu artigo 1101 estabelece que “Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose”, sendo bastante criticado por BESSONE por conter uma antiga distinção segundo a qual o contrato seria produtivo de obrigações, enquanto que a *convenção* poderia ser produtiva, modificativa ou extintiva de obrigações, o que não tem razão de ser segundo o autor, pois se contrato é acordo de vontades, nada impede que se forme para modificar ou extinguir obrigações (*Idem*, p. 07-16). Embora outros autores também apresentem essa distinção (por exemplo, Orlando GOMES, *in: Contratos*. p. 09), no presente trabalho serão utilizadas como expressões sinônimas.

único conceito de contrato capaz de albergar todas as manifestações contratuais existentes – são muitos os doutrinadores que se debruçam sobre o tema.

Na doutrina brasileira é possível encontrar diversos conceitos de contratos, seja em obras clássicas ou mais recentes, observando-se que, correntemente, o contrato é entendido como uma espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, regulamentador de interesses privados, que depende, para sua formação, do encontro de duas ou mais vontades, tendo por objetivo a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações de conteúdo patrimonial⁹.

Efetivamente, o contrato é um negócio jurídico no qual, norteadas pela autonomia privada, as partes auto-regulam seus interesses¹⁰. Requer¹¹, assim, como elementos, a

⁹ Sem pretender esgotar a temática da conceituação do contrato, e apenas para que se tenha um breve panorama dos conceitos veiculados por manuais de Direito dos Contratos cíveis frequentemente encontrados nas bibliotecas jurídicas brasileiras, colaciona-se alguns conceitos de contrato: segundo Orlando GOMES, contrato é “o negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial” (GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 09). Explica que pode ser entendido em dois sentidos, um amplo e outro restrito: no primeiro, “designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial” (*Idem*, p.09). Ainda, acrescenta que “o contrato é o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam” (*Idem*, p. 10). Apresenta, portanto, um conceito centrado na autonomia da vontade das partes, privilegiando a tutela dos interesses patrimoniais. Igualmente, Silvio RODRIGUES, salientando que contrato é negócio jurídico bilateral, entende que contrato é “o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. Vol. III. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.10). Darcy BESSONE entende que o contrato “é o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial” (BESSONE, Darcy. *Do contrato*. p. 21). MONTEIRO, no mesmo sentido, conceitua o contrato como “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”, sublinhando sua natureza de negócio jurídico. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 2ª parte. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 05). Assim também VILLAÇA AZEVEDO, que conceitua o contrato como “a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial” (VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos: curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 21). Seguindo a mesma orientação, PEREIRA assevera: “com a pacificidade da doutrina, dizemos então que contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 02). Em recente trabalho, DINIZ explica que “o contrato é o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses ente as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Vol. I. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 09). Trazendo um exemplo da doutrina estrangeira, DIEZ-PICAZO apresenta um conceito contrato que considera tradicional, segundo o qual contrato é “*un acuerdo de voluntades de dos o más personas* (duorum vel plurium consensus) *dirigido a crear obligaciones entre ellas* (ad constituendum onligationem)” (DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial: introduccion teoria del contrato*. vol. I. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993, p. 118). Posteriormente, considerando a dificuldade de apresentar um conceito jurídico de contrato, devido à sua generalidade e ampla aplicabilidade no Direito (considera, em primeiro lugar, que seria um supra-conceito, aplicável não só ao Direito Privado, mas, também, ao Direito Público e internacional, e, em seguida, que mesmo na ótica estrita do Direito Privado, a idéia de contrato também tem caráter geral, na medida em que pode compreender tanto os negócios jurídicos de direito patrimonial, como de direito de família e sucessões), procura apresentar um conceito restrito ao Direito das Obrigações, entendendo, assim, o contrato como “*todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*” (*Idem*, p. 122 – 123). Ao final, acaba seguindo orientação semelhante ao da doutrina brasileira supracitada.

¹⁰ AMARAL explica que o negócio jurídico, acolhido expressamente pelo Código Civil de 2002 como categoria geral compreensiva das declarações de vontade destinadas à criação, modificação ou extinção de relações jurídicas (Título I, do Livro III do Código Civil, arts. 104 a 184), “é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato, seu símbolo” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de

existência de duas ou mais pessoas, com capacidade genérica para a prática dos atos da vida civil¹² e específica para contratar, além do seu consentimento, devendo recair sobre objeto lícito, possível e determinado ou determinável¹³. Atualmente, não se exige, como regra geral, a observância de forma específica, bastando a simples declaração volitiva para estabelecer o liame obrigacional entre os contratantes de forma eficaz¹⁴. Além disso, o contrato não pode contrariar o ordenamento jurídico globalmente considerado – o que abrange os preceitos constitucionais relacionados – bem como o seu fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes¹⁵.

A insuficiência do conceito clássico, todavia, revela-se já a partir de uma leitura constitucional do contrato, a qual exige a construção de uma noção sensível aos valores e princípios consagrados na Carta, reconhecendo-se também a tutela de interesses não patrimoniais que podem estar presentes na relação. Logo, esgotar o conceito do contrato na patrimonialidade de seu conteúdo parece insuficiente a partir de uma releitura axiológica da disciplina contratual centrada na Constituição e seus preceitos fundamentais, os quais estabelecem a primazia dos interesses existenciais sobre os patrimoniais como diretriz orientadora da leitura de todo o tecido infraconstitucional.

Ademais, os princípios da boa-fé e da função social não constituem limites externos ao contrato; ao contrário, fazem parte do seu núcleo, de modo que, acarretando mudanças estruturais, precisam ser considerados na apresentação de um conceito contemporâneo, o qual, abandonando as diretrizes clássicas, deve reconhecer a mitigação dos princípios modernos e a inserção de novos pilares, sempre em consonância com a disciplina constitucional.

Logo, esgotar o contrato na declaração da vontade das partes expressamente signatárias do acordo não parece ser adequado face à releitura que a autonomia privada vem experimentando a partir do dirigismo contratual e dos princípios constitucionais, os quais funcionalizam o contrato ao atendimento de interesses sociais. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente dizer que o contrato

Janeiro: Renovar, 2006. p. 368). Vale anotar, ainda, que o mesmo autor considera o contrato um dos institutos fundamentais do Direito Civil, representando o elemento dinâmico do direito patrimonial (*Idem*, p.147).

¹¹ Os requisitos estão expressos no artigo 104 do Código Civil, *verbis*: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

¹² Nos termos dos artigos 3º e 4º do Código Civil, os quais tratam, respectivamente, dos casos de incapacidade absoluta e relativa.

¹³ DINIZ acrescenta, como requisito objetivo do contrato, a economicidade de seu objeto, “que deverá versar sobre interesse economicamente apreciável, capaz de se converter, direta ou indiretamente, em dinheiro”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. Vol. 3. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.30.

¹⁴ Nesse sentido, a disciplina do artigo 107 do Código Civil: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

¹⁵ Conforme disposto no artigo 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e de obrigações de conteúdo patrimonial entre as partes acordantes, seja em face da existência e da relevância de interesses de ordem não patrimonial no contrato, seja pelo reconhecimento de que o contrato gera efeitos na sociedade, podendo atingir outras pessoas, além das partes contratantes.

É possível, não obstante essas considerações, encontrar na doutrina brasileira conceitos de contrato que procuram refletir essa ordem de idéias¹⁶. Nesse sentido, destaca-se o conceito apresentado por NALIN, no sentido de que o contrato interpretado é “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”¹⁷. Trata-se de um conceito que pode ser aceito contemporaneamente na medida em que coerente com as orientações atuais, principalmente por evidenciar a influência das disposições de ordem constitucional sobre o contrato, amparando-o nos valores dessa ordem, além de sublinhar o envolvimento de situações não apenas patrimoniais, mas também existenciais na relação contratual, bem como o reconhecimento da possibilidade do contrato gerar efeitos capazes de alcançar terceiros, ultrapassando as partes contratantes.

NALIN¹⁸ salienta, ainda, a necessidade de, ao se propor um conceito, enquadrá-lo na perspectiva teleológica, pois, em caso de dúvidas, deve-se buscar seu conteúdo axiológico, ou seja, o princípio ou valor nele encartado. Destaca-se, com isso, a necessidade de compatibilização, no contrato, entre os interesses eminentemente patrimoniais do mercado com os valores existenciais, de modo a adequá-lo à ordem constitucional vigente, funcionalizando-o ao atendimento de outros interesses que não somente os patrimoniais, em consonância com a cláusula constitucional da solidariedade, que alcança, também, o mercado e as relações nele travadas.

¹⁶ Entre outros autores preocupados com a conceituação do contrato na perspectiva do direito civil-constitucional, GAGLIANO e PAMPLONA Filho, considerando as dificuldades envolvidas na tarefa de conceituação dos institutos jurídicos e o risco de tomar o conceito alcançado como verdade imutável, entendem que “o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e boa-fé objetiva, auto-disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades”, acrescentando, posteriormente, que todo contrato deve ser acompanhado do respeito às normas constitucionais (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: contratos*. Vol. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2005. p.11 – 12). É um conceito que já apresenta alguma evolução ao abranger os princípios da boa-fé e da função social do contrato, embora se mantenha centrado na proteção dos efeitos de ordem patrimonial. Explicitam, posteriormente, que, adotando uma perspectiva civil-constitucional, o contrato, entendido “como instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico” (*Idem*, p. 12), pode ser, sem prejuízo da conceituação anterior, reconceituado como sendo “um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrentes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social” (*Idem*, p. 15).

¹⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 255.

¹⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 255 – 256.

Propondo, a partir dessas considerações, o axioma segundo o qual “contrato é relação complexa solidária”, o autor sustenta também a “superção de um contrato identificado em seu momento do acordo de vontades”¹⁹. Assim, procurando evidenciar a mitigação da vontade no contrato contemporâneo em relação àquele moderno, sustenta-se que o contrato não está apenas na manifestação inicial da vontade, que recebe a conotação de “impulso contratual”, mas – consoante decorre de uma interpretação assentada na boa-fé – em todos os momentos da relação, nas negociações preliminares, na execução e na sua pós-eficácia²⁰.

De fato, os conceitos são considerados importantes instrumentos na operacionalidade do fenômeno jurídico. Porém, mais relevante do que o apego a um determinado conceito é a consciência da historicidade e, portanto, relatividade do fenômeno que se pretende conceituar, de modo que é importante não o aceitar como verdade neutra e ahistórica, reconhecendo-se que, assim como a concepção tradicional entrou em crise, a contemporânea, adequada ao momento presente, também deve se manter atenta às modificações estruturais da sociedade e do ordenamento jurídico informado pela Carta, adaptando-se às alterações sociais ou jurídicas sempre que necessário, para que, do mesmo modo, não se torne obsoleta. Ademais, é importante ressaltar a natureza essencialmente complexa do contrato hodierno, a qual não pode ser forçadamente simplificada pela tentativa de adequação das múltiplas demandas hodiernas aos antigos postulados que por muito tempo informaram os civilistas. É nesse sentido que se adota o referido conceito, entendendo-o adequado para auxiliar na compreensão do atual desenho do contrato, refletindo sua complexidade e necessidade de leitura conforme os valores superiores do ordenamento jurídico assegurados pela Constituição, mas sem o tomar como um dogma.

3.2. A SOCIALIZAÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL

A concepção atual de contrato aparece como uma concepção social²¹, na qual não interessa apenas o momento da manifestação de vontade das partes, mas também todo o *iter* contratual, levando-se em consideração as negociações preliminares, a execução do contrato e

¹⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 256.

²⁰ A respeito, explica Paulo NALIN que, “em outros termos, o contrato não é só o acordo de vontades, pois o acordo, em que pese sua atual presença, não possui a mesma relevância que em outras épocas. O contrato se posiciona, hodiernamente, antes do acordo, na contratação, na execução e na sua pós-eficácia, movido pela boa-fé, princípio que materializa o valor constitucional da solidariedade, sendo dele, em verdade, derivado” (NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 256).

²¹ LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 210.

os efeitos que pode causar na sociedade e perante terceiros, surgindo, também, a tendência de consideração das condições sociais e econômicas das pessoas envolvidas²².

Efetivamente, observa-se uma guinada na teoria contratual, a qual deixa de estar baseada unicamente na vontade das partes, em uma perspectiva individual e egoística, para passar a se preocupar com os reflexos gerados no campo social. A exigência, ao lado do atendimento aos pressupostos formais de existência e validade, é que o contrato, para que seja protegido pela lei e chancelado pelo Judiciário, observe as normas de cunho moral e social estabelecidas, sobretudo, pela Constituição, as quais, tendo força normativa e servindo de orientação para a leitura de todo o Direito infraconstitucional, são de inegável exigibilidade jurídica.

Grande relevo, nesse contexto, é devido ao papel intervencionista do Estado, utilizando a lei como limitadora e verdadeira fonte legitimadora da autonomia da vontade e passando a impor, também, a necessidade de adoção de condutas positivas por parte dos agentes privados. O dirigismo contratual, trabalhando na substituição de normas supletivas e dispositivas por normas cogentes, reduz o espaço – outrora bastante amplo – deixado à livre atuação das partes, permitindo que a auto-regulação dos interesses particulares ocorra em um espaço mais limitado, sem se olvidar do elemento social. De fato, “há um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a transposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva”²³.

A partir de uma leitura constitucional do Direito Contratual percebe-se que elementos de ordem social, refletindo interesses muitas vezes não reconduzíveis àqueles derivados da vontade das partes, passam a compor a disciplina contratual, a qual reconhece, ao lado da autonomia privada, a boa-fé e a função social do contrato, abalando a soberania da vontade individual. Assim, é a própria lei que acaba por limitar a vontade, modificando, inclusive, o seu papel: a lei não mais exerce função unicamente supletiva ou interpretativa; ao contrário, é imperativa na proteção de determinados interesses sociais e na limitação da autonomia privada²⁴. A rigor, alguns limites à liberdade das partes sempre foram impostos pelo Estado,

²² Nesse sentido, afirmava Orlando GOMES, já na década de 60: “Orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico” (GOMES, Orlando. *Sentido das transformações*. p. 01).

²³ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 211.

²⁴ Nesse sentido, LIMA MARQUES cita o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, o qual explicita o caráter de ordem pública e de interesses social da referida lei, *verbis*: “Art. 1º O presente código estabelece

mesmo que com o intuito de manter a higidez do mercado; a mudança que se percebe hodiernamente, ao lado da ampliação das limitações agora colocadas em função dos interesses sociais, é a consideração da justiça social nas relações, funcionalizando a proteção de interesses patrimoniais ao atendimento de outros, existenciais.

Se é possível afirmar que atualmente o Direito Contratual civilista é caracterizado por um contrato estruturado na função social, é certo também que esses elementos de solidariedade devem ser buscados na Constituição da República, mostrando-se imperativa, nesse sentido, a leitura da legislação civil à luz dos dispositivos constitucionais. Deste modo, embora atualmente conte-se com previsão expressa na codificação civil no sentido de que o contrato deve atender à sua função social e aos ditames da boa-fé²⁵, é na Carta que será possível encontrar o sentido dessas expressões, a partir da tábua de valores albergados e dos objetivos fundamentais assumidos pela sociedade brasileira.

Destaca-se, nessa linha, a dignidade da pessoa humana, proclamada entre os princípios fundamentais da Constituição de 1988 (art. 1º, inc. III) como “o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática: (...) é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se”²⁶. Daí decorre a primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial no Direito brasileiro. A incorporação da dignidade humana como um comando jurídico pela Carta de 1988 representa, para além da garantia de um tratamento humano, não degradante e da tutela à integridade física, uma verdadeira transformação do Direito Civil, cujo fundamento deixa de estar assentado nos valores individualistas²⁷, para passar a encontrar sua base axiológica na dignidade da pessoa humana²⁸, consoante a disposição constitucional.

normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

²⁵ Respectivamente previstos nos artigos 421 e 422 do Código Civil.

²⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01-60. p.14.

²⁷ É interessante observar que, quanto a esse aspecto, não houveram significativas alterações trazidas pelo Código Civil de 2002 com relação à codificação de 1916. Se aquele pode ser elogiado pela expressa menção a algumas conquistas da doutrina civilista contemporânea – como é o caso da expressa referência à boa-fé e à função social do contrato –, a estrutura manteve-se muito próxima da antiga. Na verdade, a própria comissão de elaboração do novo Código Civil explica que uma das diretrizes adotadas na sua redação foi a manutenção, sempre que possível, das disposições do Código anterior. A respeito, ver a Mensagem n. 160 do Congresso Nacional, de 10 de junho de 1975, que apresenta a exposição de motivos daquele que viria a ser o Código Civil de 2002. Essencial, portanto, manter sempre presente a diretriz constitucional na leitura da legislação civil.

²⁸ PERLINGIERI, tratando das situações subjetivas existenciais, entende que “a personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento)” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 155).

Decorrente dessa previsão constitucional é a necessidade de proteção e respeito da dignidade humana em quaisquer de suas manifestações. Alertando sobre o risco de generalização mutilante que as diversas conotações desse princípio ensejam, BODIN DE MORAES explica que

o substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Assim, são corolários dessa elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade²⁹⁻³⁰.

Quanto à igualdade, para além de seu viés formal, acrescentou-se outro, substancial, suplantando a perspectiva individualista de mera igualdade de todos perante a lei, para, sem eliminá-la³¹, passar a considerar a singularidade de cada pessoa e a igual dignidade de todos, com exigência de tratamento adequado a cada situação³². Nessa esteira, importante mencionar que a Constituição apresenta como objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais³³, de modo que a igualdade substancial é tomada como meio para enfrentar as desigualdades concretas da sociedade brasileira. Irradiando tal idéia para o âmbito contratual, constata NEGREIROS que “à luz do princípio da igualdade substancial, pressuposto – como é notório – da justiça social, o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante”³⁴.

²⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. p. 17. A autora explica da seguinte forma a última afirmação: “de fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, disso decorrerá o princípio da solidariedade social” (*Idem, ibidem*).

³⁰ Anote-se ainda, que, considerando a posição privilegiada concedida pelo ordenamento jurídico à dignidade humana, entende-se que, havendo conflito entre esses princípios, há, desde logo, um peso maior da dignidade humana, sendo os princípios dela decorrentes passíveis de ponderação ou relativização (Nesse sentido, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. p. 17).

³¹ PERLINGIERI explica que não se deve enunciar a igualdade substancial separada da formal, pois aquela não prescinde desta: à igualdade formal, de matriz iluminista, acrescentou-se a igualdade substancial, sendo que a primeira ainda deve ser atuada, abrindo-se espaço para a segunda sempre que houver desigualdades fáticas, casos nos quais a paridade de tratamento não é suficiente (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 44 – 47).

³² BODIN DE MORAES entende que, contemporaneamente, “ao princípio da igualdade deve ser integrado o princípio da diversidade, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura”, pois “a identidade da cultura de origem é um valor que deve ser reconhecido e o respeito da identidade e da diferença cultural encontra-se na base do próprio princípio da igualdade, que justamente o funda e sustenta” (MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. p. 17).

³³ Artigo 3º, inciso III da Constituição de 1988.

³⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 158.

No que concerne à integridade psicofísica, entende-se que não estão abrangidas apenas as tradicionais proteções contra a tortura e certas garantias geralmente de ordem penal, estendendo-se também para o Direito Civil no qual atua na garantia de numerosos direitos de personalidade. Interessantes, nesse contexto, as observações de PERLINGIERI, segundo o qual a tutela da pessoa não pode ser fracionada em *fattiespecies* isoladas, em hipóteses ou previsões autônomas entre si, devendo, ao contrário, ser apresentada como um problema unitário decorrente do fundamento representado pelo valor unitário da pessoa³⁵. Considerando que a pessoa deve ser tutelada em todas as manifestações essenciais ao seu desenvolvimento mesmo quando não especificadas ou realizadas através de uma regulamentação legislativa, não deve haver um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas; é necessário proteger, sem limites, o valor da pessoa, salvo aqueles postos no seu interesse e naquele de outras pessoas, considerando, ainda, que cada previsão particular não pode ser exaustiva e deixar de fora algumas manifestações da pessoa, as quais, com o desenvolvimento da sociedade, podem exigir considerações positivas³⁶. Assim, expressa-se a necessidade do ordenamento tutelar a pessoa como um valor unitário – o valor fundamental do ordenamento – que está na base de diversas manifestações existenciais. Certamente que essa tutela não pode se esgotar no momento patológico da violação ou da lesão e, portanto, no ressarcimento do dano, devendo-se oferecer relevo também às situações nas quais o ordenamento prevê a atuação da pessoa em termos positivos³⁷. Considerando a unidade do valor da pessoa – protegida pelo ordenamento jurídico em nível constitucional – e a pluralidade de suas manifestações, não pode o Judiciário negar tutela a um aspecto existencial da pessoa que não encontre previsão específica em regulamentações legislativas, pois tal interesse possui relevância constitucional, o que basta para lhe assegurar tutela judicial³⁸.

Já a respeito da liberdade, esta costumava ser identificada com a autonomia privada no âmbito do Direito Civil quando, em uma perspectiva individualista e patrimonialista, cabia ao sujeito velar por seus interesses, sem se influenciar por preocupações de ordem social, com restrições esparsas dadas por raros preceitos de ordem pública. Segundo BODIN DE MORAES, esse panorama “começou a se modificar justamente a partir da necessidade de regulamentar as

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Situazione soggettive esistenziali*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1991. p. 324.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Situazione soggettive esistenziali*. p. 324. Portanto, complementa PERLINGIERI que “la tutela della personalità si può considerare unitaria, non definita, senza limiti, elastica, adattabile quanto più possibile alle situazioni concrete ed alle condizioni culturali, ambientali nelle quali essa si realizza” (*Idem*, p. 325).

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Situazione soggettive esistenziali*. p. 320.

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Situazione soggettive esistenziali*. p. 325.

situações extrapatrimoniais”³⁹, quando as limitações colocadas em função do interesse social passaram a ser numerosas e extensas, deixando de ser excepcionais e externas, para contribuir na identificação da própria função dos institutos jurídicos⁴⁰. Assim, atualmente, o direito à liberdade deve ser ponderado com o dever de solidariedade social, considerando-se sempre que os direitos são exercidos em contextos sociais⁴¹.

A Constituição de 1988 traz, em seu artigo 3º, inciso I, ao explicitar os objetivos fundamentais da República, uma cláusula geral de solidariedade, estabelecendo como fim a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que pode ser complementada com o inciso III do mesmo artigo, no qual se apresenta o propósito de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais. Nessa esteira, entende NALIN que “a melhor descrição da solidariedade deve estar voltada à verticalização dos interesses do homem, eficaz o suficiente para aniquilar as desigualdades subjetivas e regionais, configurando-se, como indissociáveis, a solidariedade e a igualdade”⁴². Estabelece-se, assim, em nível constitucional, o princípio da solidariedade, o qual deve orientar a toda a operacionalização do ordenamento jurídico pátrio, incidindo seja na atuação do legislador, seja do intérprete-aplicador do Direito.

Evidenciando a localização constitucional e a natureza de princípio geral da solidariedade, colocada de modo a, por meio dela, se alcançar o objetivo da “igual dignidade social”, BODIN DE MORAES destaca que “o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”⁴³. Esse projeto solidarista já encontra alguns instrumentos de realização em normas que, direta ou indiretamente, procuram reduzir as desigualdades fáticas. Pode-se citar, nessa linha, a edição de normas que, considerando a vulnerabilidade de alguns sujeitos, principalmente nas relações contratuais, oferecem-lhes especial proteção com vistas à concretização do princípio constitucional da solidariedade: é o caso do Código de Defesa do Consumidor, repleto de normas imperativas que limitam liberdade contratual com vistas à

³⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. p. 41.

⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 121 – 122. Explicando a impropriedade de se considerar os limites colocados no interesse da coletividade como externos ao Direito, afirma que “o que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. (...) O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações” (*Idem*, p. 122).

⁴¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. p. 43.

⁴² NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 177-178.

⁴³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. p. 48.

proteção do consumidor hipossuficiente⁴⁴, bem como de outras normas protetivas de idosos, crianças e adolescentes, portadores de deficiências físicas e mentais, trabalhadores e outros.

Menção deve ser feita também à incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nos contratos com relação às partes contraentes: se tradicionalmente o sujeito tutelado pelo Direito Civil era um sujeito abstrato, considerado a partir de uma categoria jurídica desprendida das circunstâncias sociais⁴⁵, impõe-se, hodiernamente, o reconhecimento do sujeito na sua concretude, o que, muitas vezes, contribui para evidenciar a desigualdade fática e a injustiça de certas relações contratuais⁴⁶.

Quanto ao objeto do contrato, NEGREIROS, considerando os princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade, sugere a consagração do “paradigma da essencialidade” como instrumento de tutela da parte mais fraca, a partir do qual a identificação da “condição de necessitado” decorreria da qualidade essencial do bem contratado no caso concreto. Entende a autora que o mencionado paradigma é

a um só tempo metodologicamente adequado aos novos critérios de diferenciação dos contratos, como, além disso, axiologicamente congruente com os valores constitucionais. O paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Essa classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a distinção⁴⁷ mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado⁴⁷.

Tal perspectiva parece interessante na medida em que, *a priori*, a essencialidade do objeto do contrato, considerada no caso concreto e com relação às partes contratantes, pode ser um fator relevante para a apreciação de conflitos envolvendo relações contratuais, embora se entenda que a tutela jurídica não pode ser restrita às emanções desse elemento. Essa orientação, isoladamente, não parece ser suficiente para a averiguação das peculiaridades ou condições concretas das partes; contudo, considerada contextualmente, abrangendo, também, a avaliação da posição do sujeito da relação contratual concretamente considerada, bem como do conteúdo do acordo em relação às disposições do ordenamento jurídico, sem olvidar as orientações oferecidas pela Constituição, pode se apresentar como um elemento auxiliar na avaliação das condições concretas do contrato.

⁴⁴ Nesse sentido, ver LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. Passim*.

⁴⁵ CARVALHO explica que o direito moderno “ignorou o homem concreto, o homem ‘de carne’, sujeito a debilidades, presa de necessidades, esmagado por forças econômicas” (CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. p. 34).

⁴⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 337.

⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 342.

Destarte, urge considerar que a solidariedade social prevista constitucionalmente incide sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, alcançando, também, a teoria contratual e deve ser entendida não como “resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas”⁴⁸, mas como princípio geral do ordenamento jurídico, com força normativa, apto a inserir certos elementos axiológicos na teoria dos contratos. Constitui, assim, importante mecanismo auxiliar na consecução dos objetivos constitucionais de redução da pobreza e desigualdades social, ao contribuir para a promoção do devido respeito a cada pessoa, considerando a sua situação existencial concreta. É nesse contexto que merecem destaque os princípios informadores do contrato hodierno, abrangendo tanto a funcionalização do contrato ao atendimento de interesses de ordem social, como a determinação de manutenção da boa-fé durante o desenrolar da relação contratual, além da tríplice base principiológica tradicional.

3.3. OS PRINCÍPIOS E AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL

Ao tratar da principiologia dos contratos não é despidendo retomar a idéia da força normativa dos princípios e de sua inserção em um sistema aberto, segundo a orientação adotada pelo atual Código Civil. Ressalta-se esse ponto porque o estudo dos princípios conduz à ponderação acerca da concepção de sistema jurídico, dado que a aceitação da normatividade dos princípios “seguiu um percurso histórico no qual, paralela e correspondentemente, a caracterização do sistema jurídico sofreu mudanças em seus atributos essenciais”⁴⁹. Certamente, também a mudança da técnica e da linguagem legislativa são fatores que contribuíram para a alteração na concepção de sistema jurídico.

De fato, o sistema aberto representa uma evolução paradigmática⁵⁰ com relação ao tipo anterior de sistema adotado pelo Código Civil de 1916. Este, consoante já ressaltado, de

⁴⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. p. 49.

⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 93.

⁵⁰ Embora entenda que o “sistema aberto” não é mais atual, AZEVEDO explica que o primeiro paradigma do Direito foi aquele que seguiu a Revolução Francesa e baseava-se inteiramente na lei e na segurança oferecida por esta. Este paradigma foi superado no início do século XX pelo sistema aberto, quando se começou a utilizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, oferecendo maior amplitude de atuação ao juiz. Atualmente, segundo o autor, o paradigma do Direito seria o da “rápida solução do caso concreto”, o que envolve uma “fuga do juiz”, no sentido de que nem todos os problemas devem ser levados ao Judiciário, devendo-se buscar soluções alternativas (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-fé Objetiva nos Contratos*. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 89. Vol. 775. Maio de 2000. p. 11-16). Entende-se, contudo, que não houve essa passagem do segundo para o terceiro paradigma apontado pelo autor; atualmente, o Direito está no segundo paradigma identificado, qual seja, do sistema aberto, no qual se reconhece a força normativa dos princípios e utiliza-se

forte influência francesa, consubstanciava-se em um sistema fechado, caracterizado pela pretensão de completude somada à acentuada preocupação com a segurança e a certeza jurídicas. Desses fatores emerge a característica da imutabilidade da legislação civil, pois o Código é visto como um sistema fechado, isento de antinomias e amplamente abrangente de toda a matéria que pretende regular. Portanto, as normas eram enunciadas com vistas a receber aplicação subsuntiva, de modo que a ocorrência da hipótese abstratamente prevista na lei deveria redundar na aplicação de uma dada solução predeterminada, sem haver muito espaço para a atuação do intérprete. Vigendo no sistema brasileiro a vedação do *non liquet*,

quando as normas faziam uso da expressão ‘princípios jurídicos’, geralmente ligada à idéia de ‘princípios gerais de direito’, faziam-no não visando a abrir o sistema a eventuais influências emergentes, mas exatamente ao oposto, fechá-lo soberanamente, identificando o modo último pelo qual se faria a colmatação das eventuais lacunas do corpo legislativo e remediando, assim, a ‘não-aceitável’ incompletude do sistema⁵¹.

Tal concepção implicava uma importância limitada aos princípios, os quais não poderiam abalar as diretrizes de certeza e segurança jurídicas baseadas na lei. No âmbito contratual, outrossim, a utilização de princípios não teve maior sucesso na abertura do sistema, dado que o imperativo da época ditava o exato cumprimento das cláusulas do contrato tal como pactuado.

Contudo, “os fatos se encarregam de provar que o Direito nunca esteve exatamente encerrado nos códigos, e a jurisprudência nunca se reduziu a uma mera exegese”⁵². Efetivamente, o próprio processo subsuntivo não dispensa certo grau de criação. Esse fato, somado às profundas alterações sociais e instabilidades surgidas principalmente após a Primeira Guerra e a localização da Constituição dos Estados no ápice do sistema jurídico fez com que o sistema fechado começasse a mostrar sinais de debilidade. Destaca-se, nessa linha, que as Constituições, alçadas a fonte de validade de todo o Direito, receberam redação mais aberta e elástica, contando com diversos princípios em seu texto, os quais passaram a ter função decisiva na resolução de problemas práticos, além de consagrar valores a ser perseguidos por todo o ordenamento.

instrumentos como cláusulas gerais para promover uma comunicação entre as normas consagradas no sistema jurídico e os influxos recebidos da realidade concreta, bem como com vistas à uma interação entre as diversas áreas do Direito, as quais não devem se fechar em si mesmas – o que não significa, entretanto, que formas alternativas de solução dos conflitos não sejam bem-vindas. No mesmo sentido, Clóvis do COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*. p. 74 e MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 275.

⁵¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 39.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 270.

A grande questão que surgiu foi a dificuldade de trabalhar com categorias conceitualmente tão abertas quanto a dos princípios, cujo conceito é difícil e polissêmico⁵³. Segundo BOBBIO, princípios são considerados “*direttive di carattere fondamentale che si possono desumere dalla connexione sistematica, dal coordinamento e dall’intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell’ordinamento giuridico*”⁵⁴. Nesse sentido, seriam os princípios normas de caráter geral localizadas na base do ordenamento e que devem ser observadas pela normativa ordinária. Semelhantemente, LARENZ entende que “os princípios subtraem-se, como todas as pautas ‘carecidas de concretização’, a uma definição conceptual”⁵⁵. A partir dessas idéias percebe-se tanto a relevância que os princípios assumem no sistema jurídico, como as dificuldades que surgem na sua aplicação, dado que não possuem a mesma estrutura das regras, ou seja, uma abstrata previsão de comportamento e uma conseqüente sanção.

Contudo, assumindo que os princípios são espécies do gênero ‘norma jurídica’, a doutrina inclina-se para o entendimento de que, mesmo mantendo seu papel de parâmetro de interpretação e integração, são normas impositoras de deveres de conduta. É este o sentido que sobressai atualmente sendo que, nessa esteira, a compreensão dos princípios costuma ser apontada a partir da sua distinção com as regras. Assim, tanto os princípios quanto as regras seriam espécies de normas jurídicas, mas guardariam certas distinções entre si. Nessa linha, vem recebendo muita atenção, hodiernamente, a doutrina de Ronald DWORKIN⁵⁶, para quem os princípios diferenciam-se das regras pela forma, pela lógica com que operam e pelo conteúdo. No que concerne ao primeiro critério, as regras são precisas e específicas, enquanto os princípios são vagos e genéricos. Com relação à lógica com que operam, os princípios são aplicados conforme seu peso específico ou relevância para cada caso concreto, enquanto as regras são aplicadas no estilo “tudo ou nada”. Por fim, quanto ao conteúdo, os princípios não

⁵³ Genaro CARRIÓ identifica nada menos do que sete significações possíveis para “princípio”, quais sejam: “a idéia de ‘núcleo básico’ ou ‘característica central’ de algo; de ‘regra, guia, orientação ou indicação’; de ‘origem’ ou ‘causa geradora’; com as noções de ‘finalidade, objetivo, propósito ou meta’; com as idéias de ‘premissa’, ou ‘axioma’, ou ‘verdade teórica postulada como evidente’; com o sentido de ‘verdade ética inquestionável’; e, finalmente, com as idéias de ‘máxima, aforisma, provérbio ou peça de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição” (CARRIÓ *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 316).

⁵⁴ BOBBIO *apud* ALPA, Guido. *I Principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 168. Em tradução livre, significa que princípios são diretrizes de caráter fundamental que podem ser deduzidos da conexão sistêmica, da coordenação e da íntima racionalidade das normas que concorram para formar, em um dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

⁵⁵ LARENZ *apud* JORGE Junior, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. p. 36.

⁵⁶ As diretrizes de seu entendimento estão na obra DWORKIN, Ronald. *Talking Rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

exprimem preceitos jurídicos de aplicação exata, mas valores ou fins que devem ser perseguidos pelo legislador⁵⁷.

Outros autores também seguem diretrizes semelhantes. Nesse sentido, para CANOTILHO haveria cinco pontos de distinção entre princípios e regras: (i) o grau de abstração, maior dos princípios; (ii) o grau de determinabilidade na aplicação, pois os princípios precisariam ser mediados pelo legislador ou juiz para ser aplicados; (iii) o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de Direito, uma vez que os princípios são normas fundamentais que ocupam posição hierarquicamente superior, servindo para a estruturação do próprio sistema; (iv) a proximidade com a idéia de Direito, no sentido que os princípios estão radicados na idéia de justiça; (v) a natureza normogenética dos princípios, os quais servem de fundamento e *ratio* de outras normas, servindo para as validar, bem como para validar decisões⁵⁸. De forma semelhante as doutrinas de Negreiros, Silva, Martins-Costa e Finger, entre outros⁵⁹.

Entende-se, portanto, que os princípios, assim como as demais normas, são dotados de caráter vinculante, possuindo diferenças qualitativas com as regras que devem ser destacadas: abstração maior dos princípios que das regras; em caso de colisão, entre duas regras há uma *antinomia*, solucionada no plano da validade, pois apenas uma regra deve ser considerada válida; já entre princípios, resolve-se pela ponderação entre os envolvidos, cedendo um deles sem afetar seu núcleo essencial; além da fundamentalidade dos princípios no ordenamento jurídico.

A recepção dessa ordem de idéias implicou, no âmbito do Direito Civil, uma mudança paradigmática, passando-se do sistema fechado para o sistema aberto, dado que o Direito Civil encontra sua inspiração e linhas mestras na Constituição, repleta de modelos jurídicos abertos⁶⁰. Assim, o modelo de Código utilizado hodiernamente é de um conjunto de normas abertas à mobilidade da vida e diretamente vinculadas aos princípios e regras constitucionais. Nesse sentido, salienta MARTINS-COSTA:

⁵⁷ A síntese desses pontos foi baseada em SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. p. 44.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedidna, 1993. p. 166.

⁵⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil*.

⁶⁰ PERLINGIERI, neste sentido, constata que “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto no seu aspecto mais tradicionalmente civilístico quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. p. 06.

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista, hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattiespecies* cerradas, à técnica da casuística. Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.⁶¹

Essas considerações acarretam importantes modificações também no regime dos contratos disciplinados pelo Direito Civil. Os princípios orientadores da disciplina contratual, seguindo as orientações constitucionais e a mudança da perspectiva liberal clássica para o Estado Social, passaram a se centrar não mais apenas na obrigatoriedade e observância do pactuado. Ao mesmo tempo em que os princípios clássicos são reinterpretados à luz das disposições constitucionais que informam todo o sistema, convivem com outros princípios, os quais expressam a racionalidade atual do Direito, limitando os princípios tradicionais.

Nesse contexto, importante destacar, no âmbito do Direito Civil, o papel atualmente desempenhado pelas cláusulas gerais, as quais, segundo parte da doutrina, incorporam princípios reforçando a sua aplicabilidade nos contratos⁶². Assim é que os denominados princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato são expressos no Código Civil, segundo a doutrina nacional, na forma de cláusulas gerais. Estas, porém, guardam certa semelhança com a linguagem dos princípios, sendo muitas vezes caracterizadas pela vagueza dos seus enunciados. Do mesmo modo, a tarefa de conceituação das cláusulas gerais é complexa, não sendo possível encontrar absoluto consenso doutrinário sobre o tema, observando-se que o problema aparece relacionado à múltipla caracterização das referidas cláusulas, que ora são definidas pela sua generalidade, ora pela indeterminação de seu conteúdo, ora pela remissão que fazem a determinados valores presentes no substrato sócio-cultural no qual são aplicadas.

Entende-se, pois, que as cláusulas gerais são “normas jurídicas dotadas de uma função peculiar, diferenciada das demais normas, por carregarem uma *amplitude semântica ou valorativa* maior do que a generalidade das disposições normativas”⁶³.

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 285.

⁶² Nesse sentido, exemplificativamente, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 94. Vol. 831. Jan./2005. p. 59 – 79. p. 60.

⁶³ JORGE Junior, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. p. 22.

A partir dessa concepção inicial, uma das idéias que surge é de que a conceituação das cláusulas gerais é alcançada a partir da contraposição a uma elaboração casuística das hipóteses, pois enquanto a casuística circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria, a cláusula geral é mais genérica e abrange todo um conjunto de casos⁶⁴. Nessa linha, explica MARTINS-COSTA que “o delinear dos traços característicos das cláusulas gerais pode ocorrer pela negativa. Esta reside na contraposição do modelo da técnica de legislar mediante cláusulas gerais ao modelo da técnica de legislar através da casuística. O modelo da cláusula geral, portanto, seria o modelo da ‘não-casuística’”⁶⁵.

Por sua vez, para JORGE Junior “o ponto que prevalece, ainda que não exclusivamente para a caracterização de uma cláusula geral, está nos valores ou princípios que ela carrega ou nos valores ou princípios a que ela remete”⁶⁶. E, mesmo nesse sentido, enquanto alguns autores afirmam que a cláusula geral remete a princípios e valores internos ao sistema jurídico, outros entendem que pode enviar o intérprete a valores externos ao sistema.

Assim, afirmando que as cláusulas gerais podem propiciar o ingresso de valores situados fora do sistema jurídico, os quais poderiam ser nele introduzidos a partir da atividade jurisdicional trabalhada na abertura fornecida pela cláusula geral, manifesta-se MARTINS-COSTA:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode esta fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.⁶⁷

Também NALIN, embora tratando especificamente de uma das cláusulas gerais previstas no Código Civil, entende que a cláusula geral da boa-fé objetiva pode projetar o intérprete “para searas outras, para além dos limites do Direito, recorrendo a valores e conceitos jurídicos e, até, metajurídicos, como a confiança (...)”⁶⁸.

⁶⁴ Nesse sentido o conceito de Karl ENGISCH, citado por JORGE Junior, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. p. 01.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 296.

⁶⁶ JORGE Junior, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. p. 296

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 303.

⁶⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 133.

Nessa visão, as cláusulas gerais seriam verdadeiros elementos de ligação entre as normas presentes do interior do sistema jurídico e elementos exteriores, permitindo, assim, a oxigenação e a constante atualização do sistema à luz dos valores predominantes em cada momento e local.

A seu turno, NEGREIROS procura destacar a importância da normativa constitucional como parâmetro para concreção das cláusulas gerais. Assim, ainda que fazendo referência específica à cláusula geral da boa-fé, a autora afirma que se deve buscar “na normativa constitucional critérios de interpretação e densificação desta noção que a funcionalizem à proteção da pessoa – onde e para onde, em última e definitiva instância, se radicam e convergem os princípios constitucionais”⁶⁹, o que pode, certamente, ser estendido para todas as cláusulas gerais. Na mesma linha, TEPEDINO frisa que “(...) as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea”⁷⁰. Seguindo-se essa orientação, as cláusulas gerais apresentam-se como instrumentos aptos a promover relevantes modificações sociais.

Contando o Código Civil brasileiro com diversas cláusulas gerais, ao lado de outras regras formuladas casuisticamente, percebe-se, pois, a possibilidade de abertura intra e extra-sistemática, apresentando um convite à doutrina e à jurisprudência para que apontem suas potencialidades à luz da normativa constitucional.

De fato, entende-se que as cláusulas gerais, sendo disposições legislativas intencionalmente abertas, demandam uma posição ativa do intérprete para sua aplicação, pois requerem verdadeira construção do seu conteúdo à luz de cada caso concreto. Salienta a doutrina a necessidade de se observar que as cláusulas gerais não podem ser aplicadas da mesma forma que as regras, pois sua própria estrutura oferece uma margem mais ou menos ampla para a atuação do julgador. É justamente a vagueza ou amplitude da cláusula geral que dá origem à maioria das críticas doutrinárias, preocupadas, em geral, com a certeza e a segurança jurídicas, bem como com a confusão com outros institutos semelhantes.

Nesse sentido, embora exista o entendimento de que não há diferença entre cláusulas gerais e princípios⁷¹, importante doutrina adota posição oposta, sublinhando a

⁶⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 81 – 82.

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.xx.

⁷¹ Assim, para ALMEIDA COSTA, “pela respectiva estrutura, as cláusulas gerais apenas representam a expressão gramatical dos correspondentes princípios normativos, não fornecendo ao julgador conceitos aptos à

diferença entre ambos. MARTINS-COSA, nesta linha, destaca que, na maioria das vezes, a confusão decorre do fato de “uma norma que configure uma cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime”⁷², explicando que é necessário atentar para as seguintes características: (i) não existe cláusula geral inexpressa: ou está expressa em lei ou não existe, diferentemente dos princípios, os quais admitem implicitude; (ii) não é possível uma cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a *standards*, jurídicos ou extrajurídicos, ou a valores. Entretanto, existem princípios cujos conceitos não contêm vagueza semântica e, portanto, não promovem o aludido reenvio; (iii) além disso, há cláusulas gerais que contêm princípios, embora possa haver outras que não os contenha, apenas reenviando a outros estatutos⁷³; (iv) no que concerne à distinção com os princípios gerais do Direito, destaca-se que estes são aplicáveis à totalidade do ordenamento jurídico, ao passo que as cláusulas gerais são setorialmente situadas⁷⁴.

Do mesmo modo, não se confundem cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que nestes a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa⁷⁵, enquanto a primeira exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma, averiguando a possibilidade de enquadrar o fato à norma, bem como determinando os efeitos ou a gradação que lhe será conferida no caso concreto⁷⁶. A cláusula geral permite ao juiz selecionar certos fatos ou comportamentos para os confrontar com um determinado parâmetro, retirando deste contraste consequências jurídicas que não estão pré-determinadas⁷⁷.

imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos” (ALMEIDA COSTA, Manuel Julio de. *Direito das Obrigações*. p. 397). Semelhantemente, indicando a possibilidade de identificação entre cláusula geral e princípio AGUIAR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Revista AJURIS*. N. 45. Ano XVI, mar./1989. p. 07 – 20. p. 19. De opinião diferente é MARTINS-COSTA, para quem os princípios não se confundem com as cláusulas gerais (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 315).

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 323.

⁷³ Exemplo é o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 342. Observe-se que a referida autora já esboçou entendimento semelhante, no sentido de que as cláusulas gerais não se confundiriam com os princípios, mas com fundamento diverso, baseado principalmente no caráter normativo das cláusulas gerais, o que considerava inaplicável aos princípios (MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 28. N. 112. Brasília: out./dez.1991. p. 13-32. p. 13). Tal entendimento, contudo, está superado atualmente, pois, na medida em que se reconhece o caráter normativo dos princípios, este deixa de ser um fator de distinção com as cláusulas gerais, dado que ambos são normas jurídicas.

⁷⁵ A indeterminação está na descrição do fato, mas não na consequência, a qual já é apontada pelo ordenamento jurídico. A título de exemplo cita-se o art. 51, IV do CDC.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 326 – 327.

⁷⁷ A doutrina ainda destaca que as cláusulas gerais decorrem de um processo legislativo constitucionalmente pautado, o que as coloca na categoria formal de leis, de modo que não podem ser confundidas com as cláusulas

Percebe-se, portanto, que as cláusulas gerais empregam conceitos intencionalmente vagos ou abertos, permitindo, dentro da moldura apresentada, a incorporação de valores, princípios ou diretrizes admitidos pelo sistema compreendido à luz da ordem constitucional. Assim, não pretendem oferecer uma resposta prévia e fechada a todos os problemas, visando, ao contrário, enviar o intérprete para critérios determináveis à luz do sistema e das peculiaridades de cada caso concreto. É neste sentido que JORGE Junior entende que as cláusulas gerais oferecem duas possibilidades para a fundamentação de uma decisão⁷⁸. Primeiramente, precisam ser compreendidas no “binômio direito-realidade”, considerando-se a impossibilidade de reduzir a complexa realidade em rígidos esquemas predeterminados, bem como a necessidade de diálogo entre fatos e norma. É a partir dessa concepção que alguns autores comentam que a cláusula geral requer a sua “construção para cada caso concreto”. Outro elemento seria encontrado na adequação das cláusulas gerais aos princípios constitucionais, os quais, situando-se em patamar hierarquicamente superior, servem de parâmetro para sua aplicação. Entende-se, contudo, que tais caminhos não aparecem como alternativas, mas devem ser utilizados cumulativamente na compreensão de um determinado caso concreto à luz de uma cláusula geral.

De fato, é a questão da aplicação das cláusulas gerais que faz emergir as maiores discussões⁷⁹, sendo a sua característica amplitude ora vista como fonte de inaceitável insegurança jurídica, ora como louvável peculiaridade. O que parece importante ressaltar é que a aplicação e a fundamentação de decisões com base em uma cláusula geral não são feitas do mesmo modo que para uma regra. Há uma margem evidente de atuação oferecida ao órgão julgador para que analise o caso consoante os limites oferecidos pela realidade da situação

contratuais gerais que aparecem nos contratos de adesão (JORGE Junior, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. p. 22 – 25).

⁷⁸ JORGE Junior, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. p. 54 – 58.

⁷⁹ ASCENSÃO resume as críticas doutrinárias mais freqüentes nas seguintes linhas: “A aproximação da Justiça, aqui como em muitas outras situações, faz-se à custa de um aumento da insegurança. Torna-se difícil para a pessoa comum, e até para o operador do Direito, prever qual será a solução dum caso concreto. As variações entre os juízos individuais aumentam e as possibilidades de erro são muito maiores. Terá então o NCC seguido um caminho correto? Numa vida jurídica caracterizada por um acentuado desprendimento da lei, quase um desprestígio prático desta, a mudança operada na ordem normativa não irá afinal agravar os males presentes, entregando a solução ao arbítrio do julgador – o que é contrário, não só da segurança, como da própria Justiça que se aspira alcançar? A objeção é séria. Quem não respeita comandos taxativos da lei ficará encantado com as cláusulas gerais, porque lhe dão uma cobertura para o arbítrio. O vício ficará assim entronizado. Já não serão precisos Escola do Direito Livre ou Direito Alternativo, porque as cláusulas gerais acobertariam tudo. Pode progredir a jurisprudência emocional ou engajada, agora sacralizada até com o aval do Código Civil. Não há dúvida de que noções como boa-fé se prestam a uma pluralidade de entendimentos. Pelo que acabam por valer para tudo, deixando a ordem jurídica desarmada. Nesta linha, é freqüente ouvir qualificar no Brasil o que é valorativo como “subjetivo”, porque varia consoante o entendimento de cada um” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 28. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2006. p. 77 – 92. p. 81).

concreta considerada e pela aplicação dos princípios e valores reconhecidos pelo sistema, advertindo-se que “valorativo não equivale a subjetivo”⁸⁰. Saliente-se que as cláusulas gerais remetem a um momento valorativo na sua aplicação, mas devem ser também compreendidas substancialmente, explicitando-se o núcleo de cada cláusula e seu âmbito de atuação, para que não acabem se divorciando do sentido que devem assumir dentro do sistema jurídico.

Outrossim, a fundamentação de uma decisão com base em cláusulas gerais não está na simples menção ao dispositivo legal que as preveja. Ao contrário, para que sua fundamentação se apresente em consonância com o disposto no artigo 93, IX da Constituição é preciso que o julgador explicito o conteúdo que a norma assume para cada caso concreto⁸¹.

Compreendendo-se, pois, as distinções entre a utilização do clássico modelo de regras e das cláusulas gerais, a amplitude destas pode ser vista como um fator positivo face à complexidade da sociedade contemporânea e à velocidade com que acontecem fatos novos. Sendo adequadamente utilizadas e fundamentadas, não se pode afirmar que são fontes de excessiva insegurança e incerteza jurídica, pois são controláveis à luz do sistema, já que a decisão é obtida com vistas às características de cada caso concreto e com observância dos princípios que informam o sistema jurídico.

Importante ressaltar, por fim, que a compreensão das cláusulas gerais pressupõe um sistema aberto, sendo sua incorporação no Código Civil uma clara indicação da tendência de abertura do sistema. Miguel REALE, um dos idealizadores do Código, já anotou que “o resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às normas ou cláusulas abertas, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada deixar para a imaginação criadora dos advogados e juristas e a não menos instituidora, sentença dos juízes”⁸².

Tais considerações a respeito das cláusulas gerais são essenciais para a compreensão da principiologia informadora do contrato contemporâneo, pois os princípios da boa-fé e função social do contrato – principais representantes da guinada experimentada pela teoria contratual hodiernamente – são, atualmente, previstos na forma de cláusulas gerais no Código Civil. Apesar disso, porém, da já explicitada distinção entre cláusula geral e princípio entende-se que não há equívoco na orientação doutrinária que inclui boa-fé e função social do contrato entre os princípios contratuais, pois se tratam de cláusulas gerais que contêm ou remetem a um princípio, de modo que se aceita ambas as qualificações.

⁸⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002*. p. 81.

⁸¹ Nesse sentido, NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. p. 39.

⁸² REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. p. 02.

3.4. A PRINCIPIOLOGIA INFORMADORA DO CONTRATO CONTEMPORÂNEO

A ordem contratual atual, assim como a liberal, vem assentada em alguns princípios que a estruturam e apresentam seu perfil, os quais oferecem “sólida base para o desenvolvimento teórico e jurisprudencial”⁸³. A leitura constitucional do Direito Civil, incorporando os novos fundamentos da ordem jurídica, requer a estruturação do contrato em outros princípios⁸⁴, para além daquele tripé tradicional, refletindo os atuais matizes caracterizadores da concepção contemporânea de contrato. Efetivamente, consoante já sublinhado, “pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual novos ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o Direito dos Contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país”⁸⁵.

Embora não seja possível afirmar que houve a retirada dos princípios tradicionais do cenário jurídico nacional – pois permanecem vigentes os princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade dos pactos e da relatividade dos seus efeitos -, sua compatibilização com os parâmetros da atual ordem contratual e com os preceitos fundamentais trazidos pela Constituição é imprescindível. Convivendo com novos princípios e sendo objeto de uma releitura norteada pelas diretrizes constitucionais, os princípios clássicos são mitigados e permeados por elementos de ordem social, em um necessário exercício de compatibilização entre a liberdade contratual, a obrigatoriedade dos pactos e a justiça social. Afasta-se, portanto, a hegemonia atribuída à autonomia negocial⁸⁶.

O estudo dos princípios contratuais contemporâneos contribui, outrossim, não apenas para a mitigação da força dos princípios clássicos, retirando o contrato da perspectiva individualista marcada pelo dogma da vontade, mas também para a sua harmonização com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico ao propor a funcionalização do contrato aos interesses sociais e a manutenção de condutas escorreitas no desenrolar da relação, com vistas à

⁸³ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 126.

⁸⁴ Se não são princípios “novos”, ao menos, aparecem em novas cores face às suas dicções passadas, como é o caso da boa-fé, predominante não mais em seu viés subjetivo, mas no objetivo, o que representa um importante remodelamento na sua leitura.

⁸⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. p. 108.

⁸⁶ Nesse sentido, NEGREIROS: “a inspirar a nova principiologia, depara-se com uma lógica que não é, portanto, necessariamente antagônica à autonomia da vontade *tout court*, mas que invalida o principal pressuposto que presidiu à formulação clássica do princípio da liberdade contratual *lato sensu*, e donde o mesmo desde então extrai a sua legitimidade, qual seja: a igualdade entre os contratantes e a inerente justiça do mecanismo contratual” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. p. 110).

compatibilização entre livre iniciativa e justiça social, conforme mandamento constitucional (artigo 170 da Constituição).

O repensar do sistema contratual, por conseguinte, não segue a orientação de uma negação pura e simples dos princípios liberais; as bases clássicas são mantidas, mas reestruturadas a partir de sua leitura sistemática e, ao seu lado, são acrescentados princípios de índole social. É essa complexidade, a rigor, que marca o estudo do Direito Contratual civilista contemporâneo: a necessidade de convivência entre esses princípios, em um modelo de contrato que não exclua a liberdade contratual e a obrigatoriedade dos pactos, mas mantenha sempre em vista a busca pela justiça social, conforme compromisso constitucionalmente fixado.

Anote-se, desde logo, que não se trata apenas do estabelecimento de novos limites à liberdade contratual das partes; há um verdadeiro redesenho dos princípios clássicos, uma compreensão atualizada imposta pelo seu cotejo com o texto constitucional e com os demais princípios contratuais, fundando-se o contrato em novas bases e provocando uma modificação estrutural. Afasta-se, portanto, desde logo, a concepção que reduz o papel dos princípios contemporâneos a meros limites, externos ao contrato, em uma concepção negativa; ao contrário, representam os próprios pilares que estruturam o contrato contemporâneo, aparecendo estritamente ligados ao conteúdo global da teoria contratual hodierna⁸⁷.

Certamente, todavia, que ainda se está tratando do instituto do contrato, o qual não foi completamente desvirtuado e não perdeu a sua função de instrumento de circulação de riquezas e de manifestação da livre iniciativa, servindo, por conseguinte, aos interesses do mercado. Porém, não mais se esgota nessa perspectiva: para além de sua função econômica, passa a servir também à proteção de outros interesses, de ordem existencial, não patrimonial. Portanto, não obstante se mantenha uma regulamentação legal destinada à tutela dos interesses patrimoniais, os próprios elementos estruturantes do contrato são modificados para o adequar aos mandamentos constitucionais de primazia dos interesses existenciais, de modo que também estes devem ser respeitados e protegidos nas relações interprivadas.

Propõe-se uma análise na qual ressalta a historicidade e relatividade do contrato, compreendendo-se que as estruturas e funções dos institutos jurídicos são renovadas em conformidade com o contexto no qual são inseridas. É a aceitação dessa premissa que conduz o intérprete a realizar uma necessária releitura do contrato a partir de suas bases estruturais,

⁸⁷ Vale mencionar, no mesmo sentido, a doutrina de NALIN, segundo a qual “a justiça social e a solidariedade, na variante concreta da boa-fé, não se situam na exterioridade do contrato, e, logo, da liberdade contratual mas sim em seu núcleo” (NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 164).

encontradas nos princípios que o regem⁸⁸. O exame da boa-fé e da função social dos contratos consiste, nessa esteira, numa imprescindível etapa para se evidenciar as modificações que a leitura constitucional do Direito Civil provoca no âmbito dos contratos, motivo pelo qual dedicar-se-á, a cada um desses princípios, um capítulo à parte.

Contemporaneamente, portanto, o contrato aparece estruturado com base nos seguintes princípios: (i) autonomia privada; (ii) força obrigatória dos contratos; (iii) relatividade dos efeitos contratuais; (iv) boa-fé objetiva e (v) função social dos contratos⁸⁹. Analisar-se-ão, nesse capítulo, os três primeiros princípios, cujo sentido e alcance restam redesenhados pela teoria contratual contemporânea, dedicando-se aos dois últimos – boa-fé e função social – capítulos específicos, oferecendo-lhes análise mais detalhada.

⁸⁸ Nesse sentido, LORENZETTI afirma: “*Es evidente que el contrato es un fenómeno que dista de ser solamente la expresión de la autonomía privada*” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Análisis Crítico de la Autonomía Privada Contractual*. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 14. Abr./jun. de 1995. p. 05 – 19. p. 08). Observando a complexidade da sociedade atual, salienta a importância do estudo dos princípios, ao asseverar: “*en una sociedad como la actual, no es suficiente trabajar con los límites fronterizos sino con los ejes centrales del sistema. (...) Esso lleva a estudiar directamente las coordenadas centrales de la estructura jurídica, es decir: los principios jurídicos*” (Idem, p. 09).

⁸⁹ Uma das dificuldades identificadas, atualmente, nessa seara, parece estar na própria enunciação dos princípios que informam o contrato hodierno: ao contrário do que se observa com relação aos princípios clássicos (nos quais há referência quase homogênea a três princípios fundamentais), quanto à principiologia contemporânea do contrato percebe-se uma pluralidade de enunciações, ora se referindo à função social como princípio autônomo, ora como simples limitação à autonomia privada, bem como variando bastante no que se refere a outros princípios, para além da boa-fé e da função social. Nesse sentido e no âmbito dos princípios contratuais sociais, por exemplo, ao lado dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, NORONHA traz o princípio da justiça contratual (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 205 – 249), enquanto LÔBO apresenta como um terceiro princípio a equivalência material do contrato (in: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 17). AZEVEDO, por sua vez, apresenta o “princípio do equilíbrio econômico do contrato” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual*. In: Revista dos Tribunais. n. 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./1998, p. 113-120. p. 115), cuja denominação é seguida por NEGREIROS (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 133). Adota-se, entretanto, o entendimento de que a equidade contratual é derivada da boa-fé, consoante doutrina de NALIN, seguida, também, por TARTUCE, na segunda edição de sua obra sobre função social dos contratos (respectivamente, in: NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 137, e TARTUCE, Flavio. *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 171). Observa-se, contudo, uma tendência doutrinária de enunciar a boa-fé e a função social do contrato como princípios contemporâneos, entendendo-se que a pluralidade de expressões quanto à existência de um sexto princípio pode ser atribuída ao estágio incipiente do desenvolvimento doutrinário a respeito do tema, o qual – acredita-se – tende a receber certa homogeneização na medida em que estudos mais aprofundados forem sendo desenvolvidos.

3.4.1. A Autonomia Privada

Reconhecendo-se a importância das disposições constitucionais nas relações interprivadas, entende-se que a autonomia privada tem seu conteúdo remodelado em face da sua clássica compreensão. Permanecendo um princípio orientador do contrato – e considerado, até mesmo, um dos princípios fundamentais do Direito Civil⁹⁰ – sublinha-se a necessidade de sua adequada leitura à luz das disposições constitucionais, dado que a estrutura e função do contrato contemporâneo devem ser sempre analisadas com base nos fundamentos do ordenamento jurídico, constitucionalmente assentados⁹¹. Observe-se que, sendo a autonomia privada o alicerce fundamental do contrato clássico, a sua releitura significa o redimensionamento de toda a estrutura teórica do contrato.

Tradicionalmente entendida em termos individualistas e subjetivos, a autonomia da vontade, na condição de dogma, era colocada no centro da regulamentação jurídica dos contratos, coerentemente com a política liberal e as orientações adotadas pelo Estado. Considerada o “poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação de seus interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica”⁹², foi assim recepcionada pelo Código Civil de 1916, de matriz nitidamente individualista, com vistas à proteção de um espaço de autodeterminação da pessoa, imune à interferência estatal. Reconheceu-se, contudo, paulatinamente, que a disciplina contratual fundada em uma liberdade praticamente incondicionada oferecia apenas tutela jurídica formal, sendo insuficiente para organizar as relações de troca e de cooperação no mercado a contento.

⁹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 345. AMARAL refere-se a FLUME que aponta a fundamentalidade do princípio da autonomia privada no Direito Civil, no sentido do reconhecimento de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa, acrescentado que “trata-se da projeção, do direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade” (*Idem*, p. 346). NORONHA, por sua vez, considera que “se a autonomia privada é princípio fundamental do Direito Privado, como diz Larenz, é no Direito dos Contratos que ganha relevo muito especial, sobretudo através do princípio da liberdade contratual, que é seu corolário (...). Sem autonomia privada, seria impensável uma sociedade de economia capitalista, em que a produção e distribuição de bens e a prestação de serviços estão em princípio reservadas à iniciativa privada” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 116).

⁹¹ Nesse sentido, afirma NALIN que “se algum dia a liberdade e a igualdade do indivíduo convergiram em favor do dogma da vontade e com isto serviram de base axiológica ao conjunto principiológico do Direito Civil, do que não se pode excluir a autonomia privada, hoje tal fundamento decorre do valor constitucional da solidariedade e atende aos interesses do *ser*” (NALIN, Paulo. *A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional*. In: NALIN, Paulo (coord.). *Contrato & Sociedade: Princípios de Direito Contratual*. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2006. p. 13 – 44. p. 19-20).

⁹² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. atual. 9. reimp. Coimbra: Editora Coimbra, 1994. p. 89.

Mitigando-se a força da vontade como única fonte legitimadora das relações privadas, seja, primeiramente, por conta da publicização do Direito Civil, seja pela imposição de tendências como socialização e repersonalização, emerge o conceito de *autonomia privada*⁹³, cujo entendimento deve se adequar ao sentido do Estado Social, constitucionalmente comprometido com a realização de interesses existenciais. Essa mudança no perfil da autonomia privada é refletida nas próprias bases do contrato: a vontade deixa de ser o único fundamento, dogmático e totalizante, passando o contrato a servir a outros interesses jurídicos, igualmente protegidos ou, até mesmo, merecedores de proteção especial e prioritária⁹⁴.

Certamente, pois, que a autonomia privada permanece vigente, sendo recepcionada tanto em nível constitucional, como infraconstitucional. É possível identificar a fonte constitucional da autonomia privada no artigo 170 da Constituição, que estampa o princípio da livre iniciativa econômica, do qual a autonomia privada na seara contratual é instrumento⁹⁵. Reconhecendo-se a instrumentalidade entre livre iniciativa e autonomia privada, decorre que as limitações impostas àquela pela Carta, também a esta se aplicam⁹⁶. Ao mesmo tempo, deve-se observar que a autonomia privada não se exaure na referência a situações de cunho patrimonial, de modo que o artigo 170 deve ser lido de forma congruente com a hierarquia constitucional de valores, na qual ressalta a necessidade da autonomia privada ser dirigida à

⁹³ Nessa linha, adota-se o entendimento doutrinário que procura distinguir as expressões autonomia da vontade e autonomia privada, com vistas a expressar os diferentes sentidos que assumem na sua formulação clássica e contemporânea. No mesmo sentido, exemplificativamente e apenas para rememorar: NEGREIROS entende que a expressão autonomia da vontade está mais associada ao voluntarismo jurídico característico de determinado momento histórico, de onde emergiu o contrato clássico (NEGREITOS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 03); também NORONHA explica que “foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência à mais antiga *autonomia da vontade*” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 113. Grifado no original); no mesmo sentido, TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. p. 177, entre outros.

⁹⁴ FACHIN já anotava, antes mesmo do advento no Código Civil de 2002, que “a autonomia privada não vige sob a égide da irrestrita liberdade negocial na época contemporânea. A inspiração derivada do princípio da função social que impregna os institutos jurídicos traz consideráveis seqüelas limitantes à autonomia privada. (...) Limita-se a autonomia privada com o objetivo de estabelecer um equilíbrio de interesses individuais. A hipertrofia da vontade individual vem cedendo vez à subordinação dos interesses particulares ao interesse coletivo” (FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988. p. 60).

⁹⁵ BARCELLONA, a respeito, explica: “la Costituzione non si occupa dell’autonomia privata, ma dell’iniziativa economica. Tuttavia il rapporto tra iniziativa economica e autonomia contrattuale è chiaramente un rapporto di strumentalità. Evidentemente, il concetto di iniziativa economica è più ampio perchè comprende anche attività o atti che non hanno natura negoziale (per. es., gli atti di organizzazione dell’impresa). È anche vero, però, che tutti gli atti di autonomia privata con contenuto patrimoniale (ad eccezione degli atti che riguardano i rapporti familiari) sono manifestazione del potere di iniziativa economica, giacchè attraverso l’autonomia contrattuale vengono, di solito, regoletti aspetti dell’iniziativa economica che riguardano i rapporti con gli altri soggetti (...)” (BARCELLONA apud NALIN, Paulo. *A autonomia privada na legalidade constitucional*. p. 37 – 38).

⁹⁶ Nesse sentido, AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 361-362.

“realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis”⁹⁷, de modo que o seu exercício não pode contrastar com a dignidade humana ou com os demais princípios assentados constitucionalmente⁹⁸.

Seguindo essa linha, o Código Civil brasileiro, no tocante à teoria contratual, consagra a liberdade contratual – expressão, por excelência, da autonomia privada –, mas na razão e nos limites do cumprimento da função social do contrato (art. 421 CCB/02). Desse modo, a proteção à liberdade contratual fica condicionada ao atendimento de outros interesses de ordem social, para além dos interesses individuais das partes contratantes, pois seu exercício deve corresponder a um interesse digno de proteção por parte ordenamento.

Levando em consideração a maior intervenção do Estado nas relações privadas – o que intensifica e amplia a regulamentação por normas imperativas – bem como a constitucionalização do Direito Civil, a doutrina tende a apontar os limites da autonomia privada, concebendo-a como um princípio emoldurado por disposições legais de ordem pública colocadas em função de interesses sociais. A tendência de explicitação da autonomia privada em relação à limitação do seu espaço é, de fato, corrente, a ponto de LÔBO afirmar que passa a ser um princípio explicado pelo seu contrário⁹⁹.

Surgem, nesse sentido, conceitos de autonomia privada intimamente relacionados com tais limites, os quais restringem o espaço de autodeterminação das pessoas. PONTES DE MIRANDA, nessa esteira, já ensinava que “não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites”¹⁰⁰. Também LARENZ entende que a autonomia privada “é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”¹⁰¹.

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 19.

⁹⁸ Nesse sentido, SILVA, apontando a autonomia privada como um valor fundante, relacionado à liberdade (art. 2º, II) e à dignidade da pessoa humana (art. 3º, I), destaca que “na concretização desse valor detecta-se, atualmente, uma tendência descrita como socializante, nitidamente identificável não apenas no plano constitucional (com a previsão de direitos sociais, no art. 6º, da proteção ao consumidor, no art. 5º, XXXII e principalmente, do valor social do trabalho como um dos fundamentos da República, em seu art. 1º, IV), mas também na própria estrutura de regulação da atividade privada consagrada no Código Civil de 2002” (SILVA, Denis Franco. *O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-162. p.150).

⁹⁹ Nas palavras do autor: “essa tendência, observável de forma crescente entre os juristas, representa, na verdade, a negação do próprio princípio, enquanto deixa de ser explicado pelo poder de *autonomia*, de acordo com sua fundamentação política, e passa a ser explicado por seu contrário. Curiosa tese que se explica por sua antítese!” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato*. p. 31).

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. p. 39.

¹⁰¹ LARENZ *apud* NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 115.

Mesmo em face dos novos princípios contratuais – boa-fé e função social do contrato – a doutrina mantém a tendência de os tomar como limitações da autonomia privada. Nesse sentido, entre outros, TARTUCE entende, quanto à autonomia privada, que se trata “do direito indeclinável da parte de regulamentar os seus próprios interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais”¹⁰². Deste modo, entende-se a autonomia privada como um espaço residual que, após observadas as limitações legais, remanesce aos titulares de interesses privados. Logo, a autonomia privada, nessa esteira, poderia ser tomada como a liberdade que possuem as pessoas de regularem seus interesses no espaço residual deixado pela lei, o qual é identificado a partir da observância das limitações impostas pelo ordenamento jurídico.

Constata-se, ainda, a existência de preocupações doutrinárias, observando a crescente limitação da autonomia privada a partir do reconhecimento da relevância das disposições constitucionais no Direito Civil, acerca do desvirtuamento desse que é um dos princípios fundamentais da ordem civilista. Assim expressa-se CANOTILHO a respeito da influência dos direitos fundamentais no Direito Civil, especialmente no tocante à autonomia privada:

a ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. (...) Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado¹⁰³.

¹⁰² TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. p. 180. Na mesma linha, afirma NORONHA: “foi a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual – os quais, aliás, nunca deixaram de estar latentes em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificialmente acrescentado ao princípio da (velha) autonomia da vontade. Atualmente, ao mesmo tempo que se reconhece a importância econômica e social da autonomia privada (e já quase não se fala em autonomia da vontade), aceita-se que devam ser-lhe assinadas limitações, para salvaguarda dos outros dois princípios, da justiça e da boa-fé, que também tutelam valores essenciais – e, quanto a nós, tão de ordem pública como aquele. O que hoje não se aceita é que a liberdade contratual seja erigida em valor supremo” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 123). Também LIMA MARQUES adota esse posicionamento, entendendo que a liberdade contratual sofre graves limitações decorrentes da intervenção legal nos contratos – âmbito no qual inclui as limitações impostas em razão da observância das disposições constitucionais e dos princípios contratuais contemporâneos (LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 269).

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto pós-moderno*. GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108-114. p. 113.

Também na doutrina nacional é possível encontrar manifestações nesse sentido. VON GEHLEN, embora defenda a possibilidade da incidência direta dos preceitos constitucionais nas relações interprivadas, adverte para os perigos da “colonização da autonomia da vontade”, a qual, sendo o princípio fundamental do Direito Privado, deve ser preservada, não podendo ser transformada “em um meio para fins sociais”¹⁰⁴.

Não obstante essa concepção da autonomia privada em função dos seus limites externos e do gabarito da doutrina segue esse posicionamento, entende-se que é necessário considerar, como premissa, que atualmente não mais se fala na clássica autonomia da vontade, tendencialmente ilimitada. O princípio em questão é a autonomia privada¹⁰⁵ e o respeito às disposições constitucionais e às suas regulamentações em nível infraconstitucional constituem um pré-requisito para seu válido exercício. Destarte, a invés de se procurar defender um núcleo irredutível da autonomia privada – como pretende parte da doutrina –, o que implicaria afirmar de que existem espaços, dentro da autonomia privada, imunes ao projeto constitucional¹⁰⁶, parece mais adequada a concepção que sublinha a necessidade de se redesenhar o próprio conteúdo da autonomia privada à luz das disposições constitucionais. Essa aceção parte da constatação de que as disposições constitucionais não apresentam *limites externos* à autonomia privada; antes, informam seu próprio núcleo funcional.

¹⁰⁴ Nas palavras do autor: “o *Schutzpflicht* [dever de proteção dos direitos fundamentais] tem um sentido negatório – defesa de um âmbito da vida que seja realmente privado, isto é, não público, tanto em relação ao Estado quanto à comunidade (*status negativus*). Ao mesmo tempo também deve restar preservado o princípio fundamental do direito privado: a autonomia privada e sua forma particular de liberdade contratual. Este o *status activus*, em que o homem atua como ser autônomo e responsável, que não se deve transformar em meio para fins sociais” (VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 174-210. p. 205).

¹⁰⁵ Logo, diferentemente da autonomia da vontade, de base subjetiva, liberal e individualista, que erigia a vontade a dogma do direito contratual, a autonomia privada possui um sentido diverso, que considera o poder de o indivíduo autoregular seus interesses, desde que agindo em conformidade com as disposições do ordenamento jurídico, ou seja, observando as demais disposições que podem reduzir o campo de atuação dos sujeitos conforme a situação concreta, seja devido à observância de imposições legais ordinárias, seja pela incidência direta da Constituição e seus princípios fundamentais nas relações interprivadas. PIETROBON ressalta, contudo, que a autonomia privada não perdeu sua essência de liberdade, mesmo com a imposição de diversos limites: “quando si parla di limite, invero, non si muta l’essenza dell’autonomia privata, perchè all’idea di autonomia è coesistente l’idea di un limite. Essa infatti esprime, sotto questo profilo, una relazione tra il privato che gode di una certa libertà, e l’ordinamento giuridico che questa libertà ha concessa” (PIETROBON, Vittorino. *L’Errore nella Dottrina Del Negozio Giuridico*. Padova: DEDAM, 1963. p. 136).

¹⁰⁶ A respeito da necessidade de proteção de um núcleo de autonomia privada imune à ingerência estatal, ou mesmo da influência dos preceitos constitucionais, VON GEHLEN apresenta o entendimento segundo o qual não se trata, a rigor, de um problema dos limites da incidência das normas constitucionais nas relações privadas, mas “dos limites do Direito em geral. Ali onde o Direito não pode chegar, não pode tampouco a força vinculante dos direitos fundamentais” (VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. *O chamado direito civil constitucional*. p. 207). Não se concorda, porém, com esse entendimento, pois a autonomia privada deve ser caracterizada em termos jurídicos, e não como uma esfera de não incidência do Direito.

Importante, para tanto, reconhecer a natureza relativa ou histórica do conceito de autonomia privada¹⁰⁷: este princípio não possui uma concepção rígida, abstrata e imutável; ao contrário, deve ser entendido em conformidade com o perfil de Estado e com as condições sócio-normativas de cada momento¹⁰⁸. Da própria análise do desenvolvimento da autonomia privada, desde o seu apogeu nos séculos XVIII e XIX até sua mitigação nos séculos XX e XXI, é possível observar uma mutação em sua estrutura, pois as limitações, as quais antes eram externas ao princípio e excepcionais, após a crescente interferência do Estado via legislação e as conquistas interpretativas que propagaram a incidência das disposições constitucionais sobre o Direito Civil, comprimindo o espaço da autonomia privada, passaram a fazer parte da sua própria composição¹⁰⁹.

O Código Civil brasileiro, seguindo as diretrizes da socialidade e eticidade, dá um importante passo nessa direção ao afirmar que a liberdade contratual deve ser exercida em razão da função social do contrato (art. 421), inserindo esta na própria estrutura daquela. Do mesmo modo, o reconhecimento da decadência do dogma da vontade também pode ser observado, em nível legislativo, quando o Código Civil passa a privilegiar uma leitura mais objetiva do contrato, superando a prevalência subjetivista da concepção clássica do instituto¹¹⁰ para considerar outros interesses jurídicos protegidos pelo ordenamento¹¹¹.

Considerando-se a relação contratual não como ato isolado, mas inserido em um conjunto de processos sócio-econômicos de relacionamentos entre pessoas, percebe-se que a

¹⁰⁷ Nesse sentido as lições de ROPPO, para quem a autonomia privada está diretamente relacionada com a forma de organização da sociedade, variando, portanto, juntamente com aquela e com os valores predominantes em cada configuração social (ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 36-38).

¹⁰⁸ É certo que se a Constituição apresenta a organização social do país, a autonomia privada deve se conformar às diretrizes nela estabelecidas, podendo mudar de configuração se alterada a Carta e suas diretrizes.

¹⁰⁹ Nesse sentido, NALIN, ao explicar que a autonomia privada experimentou uma mutação estrutural no transpasse do século XX ao XXI, “na medida em que eventuais legislações especiais que, de alguma maneira, impuseram limites à autonomia privada, sobretudo à liberdade contratual (v.g. lei de locações, consumidor, trabalho, contratos de adesão em geral, etc.) acabaram por ditar um novo conceito ao princípio, a partir do qual o *limite* incorporou-se ao *princípio*” (NALIN, Paulo. *A autonomia privada na legalidade constitucional*. p. 31).

¹¹⁰ Essa tendência é reconhecida nos diversos dispositivos que privilegiam a boa-fé objetiva como parâmetro informador da conduta das partes ou mesmo da interpretação do negócio jurídico. Nesta seara, o art. 113 do Código Civil prevê: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, superando a primazia da vontade expressa pelo antigo artigo 85 do Código Civil de 1916 (“Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao seu sentido literal da linguagem”). Embora o conteúdo desse artigo tenha sido praticamente repetido no artigo 112 da atual codificação (“Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”), deve ser necessariamente lido em consonância com o mencionado artigo 113, privilegiando-se, assim, a dimensão objetiva da manifestação da vontade.

¹¹¹ Segundo MARTINS-COSTA, a liberdade contratual, atualmente, é, na verdade, uma “liberdade situada”, ou seja, “nas circunstâncias que envolvem (isto é: situam) a liberdade, se deve considerar os efetivos poderes sociais de expressão da liberdade de ação, sendo essa liberdade sempre modulada, no caso, pela incidência de outros princípios e regras” (MARTINS-COSTA, Judith. *Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. p. 57).

liberdade contratual não pode ser pensada em termos isolados, devendo-se sempre adotar uma perspectiva relacional¹¹². Fica prejudicada, assim, a análise da autonomia privada em termos individualísticos, dado que necessariamente se deve considerá-la em uma perspectiva relacional, abrangendo a igual possibilidade de autodeterminação dos demais sujeitos, bem como sua finalidade social.

Na linha da argumentação aqui exposta, interessantes as considerações trazidas por NALIN, a justificar sua reprodução:

trata-se de compreender que a autonomia privada é exercida, apenas, em face de outrem, sendo uma atividade relacional, repercutindo, de diversos modos, sobre os interesses e as pretensões de outros sujeitos. Vale dizer, não exclusivamente ‘cheia’ deve ser considerada a autonomia, como, também, no confronto do interesse de outrem e no contexto da vida social. E, com isso, já se torna lógica a conclusão de que a autonomia privada encontra a sua *razão* de ser na finalidade social, em estrita recusa à finalidade individualística que anima o princípio voluntarístico e a relevância do querer individual, dissociada do fim social do exercício da autonomia privada.

De outro lado, revela-se oportuno considerar que os limites impostos à autonomia privada não transitam só na análise da existência de eventuais restrições ao exercício da liberdade contratual e das titularidades proprietária e possessória, se não, que tais restrições sejam, por ventura, justificadas à luz de valores sociais que conformam a garantia constitucional da propriedade (como, também, garantia à propriedade) e aos operadores do mercado e das demais relações interprivadas¹¹³.

Reconhece-se, portanto, na linha da funcionalização dos institutos jurídicos, que a autonomia privada também encontra sua razão de ser em um conteúdo finalístico social, devendo-se reconhecer, assim, a sua função social¹¹⁴. Anote-se, mais uma vez, que esta não é exterior à autonomia privada, mas faz parte de sua própria estrutura, representando o sentido do seu reconhecimento pela ordem jurídica. Nessa linha o entendimento de PIETROBON, para quem a liberdade deve ser compreendida como liberdade intrinsecamente limitada pelas demais disposições constantes no ordenamento jurídico: “*quando si parla de limiti essenziali alla libertà, si fa riferimento necessariamente a limiti intrinseci allo stesso riconoscimento dell’autonomia privata. Non quindi ai limiti estrinseci, a quelli cioè che limitano la libertà del*

¹¹² SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. *O contrato, hoje: funções e valores*. In: NUNES, António José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151 – 172. p. 154. Essas anotações, segundo o autor, levam a considerar a autonomia privada como “uma liberdade sujeita a *limites imanes*, imprescindíveis ao seu correcto entendimento como princípio intersubjetivo de ordenação” (*Idem, ibidem*. Grifado no original).

¹¹³ NALIN, Paulo. *A autonomia privada na legalidade constitucional*. p. 33.

¹¹⁴ Nesse sentido, AMARAL entende que, a partir da ampla funcionalização dos institutos jurídicos, estaria reconhecida, “implicitamente, [a função social] da autonomia privada” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 365). Observe-se que NALIN apresenta um entendimento sutilmente diverso, concebendo que a partir da funcionalização da autonomia privada, “cerne do Direito Privado, todos os seus institutos, por consequência, estariam socialmente funcionalizados” (NALIN, Paulo. *A autonomia privada na legalidade constitucional*. p. 26).

*privado agendo dall'esterno, (...)”*¹¹⁵. Portanto, em congruência com sua essência constitucional, a autonomia privada pode ser entendida como um espaço no qual é possível regular relações econômicas ou sociais entre pessoas, sendo essa disciplina compreendida, em consonância com as demais disposições que compõem o ordenamento jurídico, como instrumento de desenvolvimento da personalidade humana¹¹⁶. Ou seja, no exercício da autonomia privada não se pode perseguir fins anti-sociais ou não sociais, pois as relações travadas no âmbito de autodeterminação das pessoas, quando não preservem a liberdade e dignidade humana, não são constitucionalmente valoráveis¹¹⁷.

Reputa-se, por conseguinte, insuficiente, a partir de uma leitura constitucional da autonomia privada, o entendimento que a concebe em função de seus limites, expressando uma acepção negativa do princípio a partir de restrições que lhe são colocadas desde o exterior. Interessante observar, nessa esteira, a lição de PERLINGIERI, segundo o qual “não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta que é qualitativa e quantitativa na ordem normativa”¹¹⁸. Assim, “os limites à autonomia (...) não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional”¹¹⁹. A autonomia privada, devendo ser lida à luz da Constituição e estando conexa com a solidariedade social, aparece, dessarte, estruturada nas normas constitucionais (e não apenas limitada pelas mesmas). Essa perspectiva, antes de representar um esvaziamento do conteúdo de liberdade da autonomia privada, busca evidenciar que o espaço de autoregulação dos contratantes é protegido sempre que seu exercício estiver em conformidade com os valores fundamentais do ordenamento.

Mitigando-se a autonomia privada, abrandam-se também a força dos princípios dela decorrentes, quais sejam, a força obrigatória e a relatividade dos efeitos dos contratos. Outrossim, abre-se espaço para inserção dos princípios contratuais contemporâneos – boa-fé e função social dos contratos.

¹¹⁵ PIETROBON, Vittorino. *L'Errore nella Dottrina del Negocio Giuridico*. p. 137. Significa, em tradução livre, que quando se fala de limites à liberdade, refere-se necessariamente a limites intrínsecos ao próprio reconhecimento da autonomia privada. Não, portanto, aos limites extrínsecos, àqueles que limitam a liberdade do particular agindo desde o exterior. O autor acrescenta, ainda, que “*sotto questo profilo non v'è nessuna difficoltà a pensare che l'ordinamento, nel momento stesso in cui concede libertà al privato, variamente la limite, in ragione di particolari valori sociali*” (Idem, *ibidem*).

¹¹⁶ NALIN, Paulo. *A autonomia privada na legalidade constitucional*. p. 39.

¹¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive patrimoniali*. p. 449.

¹¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 280.

¹¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 280.

3.4.2. Força Obrigatória dos Contratos

O princípio da obrigatoriedade dos contratos, tradicionalmente expresso pela fórmula *pacta sunt servanda*, é decorrente da autonomia privada e se traduz na “cogência que deve emanar do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social”¹²⁰.

Classicamente, correspondendo à concepção vigente da autonomia da vontade, entendia-se que as disposições livremente estipuladas pelas partes formavam um contrato intangível, pois essa manifestação de vontade era erigida à força de lei, donde nasceriam direitos e obrigações para as partes ligadas pelo vínculo contratual. Destacando-se a primazia da vontade das partes, a obrigatoriedade do contrato decorria do “dogma do paralelismo das fontes”, segundo o qual “o que nasceu por contrato, por livre vontade das partes, só pode ser modificado ou extinto pela vontade igualmente livre e comum das próprias partes”¹²¹. Observadas as limitações pontuais e excepcionais outrora estabelecidas à liberdade contratual, a atuação do Judiciário sobre o contrato resumia-se a fazer respeitar o que fora livremente estipulado, não podendo intervir, portanto, no conteúdo do contrato.

Essa concepção, na esteira do que se passou com a autonomia privada, revelou-se insuficiente, dando causa a demasiadas injustiças ao reduzir a tutela contratual a uma proteção formal das partes, com desconsideração das vicissitudes concretas. Logo, se à liberdade tendencialmente ilimitada correspondia uma responsabilidade de igual monta, impondo às partes o cumprimento do pactuado independentemente das circunstâncias estabelecidas, reconhecendo-se a reestruturação da autonomia privada, da qual decorre a obrigatoriedade dos pactos, verifica-se a necessidade de uma releitura deste princípio. Tal qual a autonomia privada, também a força obrigatória dos contratos deve ser entendida a partir de uma leitura sistemática, que observe as mudanças acarretadas pela publicização do Direito Civil e pela sua leitura à luz dos dispositivos constitucionais, de forma a harmonizá-la com as condições sócio-normativas atuais.

A rigor, não é recente a preocupação doutrinária com alguns efeitos nocivos a que a absolutização deste princípio pode conduzir. Nesse sentido, já na década de sessenta, GOMES considerava: “o princípio da fidelidade ao contrato perdeu a rigidez com que se expressava na locução *pacta sunt servanda*. (...) A sujeição inelutável a esse princípio conduz, em certas

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. p. 43.

¹²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 278.

circunstâncias, a situações manifestamente injustas. Torna-se descabida, em consequência, sua aplicação. Passou-se a admitir, então, que deve comportar exceções”¹²².

Seguindo, portanto, tendências semelhantes àquelas que conduziram a uma reconstrução da concepção de autonomia privada, a obrigatoriedade dos pactos deve ser relida, passando-se a oferecer valor não apenas à manifestação da vontade, mas também aos valores existenciais, conforme a orientação axiológica que informa o sistema jurídico brasileiro. Objetivando-se a leitura do contrato contemporaneamente, a força obrigatória também deve ser entendida em outros termos, comportando restrições pautadas na ordem de valores adotada pela Carta.

Com efeito, a realidade contemporânea não mais justifica uma concepção estanque da relação contratual, isolando-a das demais disposições jurídicas ou da realidade que a cerca. Percebe-se, assim, um aumento do número de disposições que permitem a revisão daquilo que fora pactuado pelas partes, a depender das circunstâncias fáticas ou jurídicas presentes em cada caso concreto¹²³. Em um contexto no qual o contrato paritário vem sendo substituído, de forma crescente, pelo contrato de adesão, o *pacta sunt servanda* vem assumindo um papel mais discreto, temperado por mecanismos legais que visam a manutenção do equilíbrio contratual, objetivando alcançar a justiça social. O mandamento de solidariedade contratual alcança, portanto, também o princípio da obrigatoriedade, mitigando-o para que se possa inserir na teoria do contrato elementos de correção das distorções causadas nas relações de mercado pela utilização do contrato como instrumento de opressão econômica – dissociando-o do seu escopo de instrumento de regulamentação de interesses de ordem existencial e patrimonial, nucleado na solidariedade social – ou pela alteração das bases do contrato¹²⁴.

¹²² GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos. In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 45-64. p. 45.

¹²³ Sublinha-se, nesse sentido, pela importância que vem assumindo atualmente, a recepção da teoria da base objetiva do negócio jurídico a partir da adoção da cláusula geral da boa-fé objetiva no artigo 422 do Código Civil. Essa teoria, superando a teoria da imprevisão, cuja aplicabilidade era dificultada em razão da inconsistência do seu fundo subjetivo, parte da constatação da existência de uma base do negócio jurídico, que é “constituída pelo conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência no futuro é essencial ao sentido, ao fim ou ao objeto do negócio, quer as partes tenham ou não pensado concretamente em cada uma delas” (VARELLA, Antunes. *Direito das Obrigações*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 99). A aplicação dessa teoria, mitigando o princípio da obrigatoriedade dos pactos, constitui importante instrumento para manutenção, pela via da intervenção judicial, do equilíbrio contratual. Salienta NERY que “havendo quebra da base objetiva do negócio é possível à parte prejudicada exercer o direito de revisão do contrato, a fim de que os objetivos esperados pelos contratantes possam ser alcançados” (NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 416).

¹²⁴ Entende-se, na esteira dos ensinamentos de NERY, que o contrato é celebrado sobre uma base negocial, que possui aspectos objetivos e subjetivos, a qual deve ser mantida durante todo o desenrolar da relação contratual. Anote-se que, seguindo a tendência atual, expressa pela adoção da boa-fé objetiva, costuma-se, hodiernamente, oferecer maior ênfase ao aspecto objetivo da base negocial e às consequências de sua quebra (NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. p. 416).

Esse abrandamento do princípio abre espaço para uma mudança na atuação do Judiciário, pois ao magistrado passa a ser permitido um controle mais efetivo sobre a justiça contratual, considerando a ordem axiológica do sistema jurídico e o redesenho do princípio da autonomia privada, com a conseqüente margem existente para autodeterminação dos interesses privados. Admite-se, assim, que o juiz exerça um controle incidente sobre o conteúdo do contrato – inimaginável na teoria clássica – podendo afastar as cláusulas contratuais julgadas abusivas ou contrárias à ordem jurídica globalmente considerada, bem como reconhecer a existência de obrigações contratuais não decorrentes expressamente da manifestação de vontade das partes, mas de previsões legais (como, por exemplo, o reconhecimento da presença dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva). Ressalta-se que a própria interpretação não possui mais a vontade como único e privilegiado parâmetro; diferentemente, há uma objetivação na análise do instrumento contratual, considerando-se, em uma interpretação teleológica, tanto as legítimas expectativas das partes, quanto os interesses sociais envolvidos¹²⁵.

Assim, embora não previsto expressamente no Código Civil pátrio¹²⁶, entende-se que é um princípio que continua vigente, reconhecendo-se que a lei oferece vinculatividade aos contratos celebrados em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Efetivamente, sem um mínimo de obrigatoriedade, as relações estabelecidas com base no exercício da autonomia privada careceriam de força jurídica, em franco prejuízo ao desenvolvimento das relações sociais, que requerem um mínimo de segurança e certeza¹²⁷. O que não parece ser mais sustentável, hodiernamente, é a absolutização desse princípio, o qual não pode ser mantido em detrimento de valores como equidade e justiça social. A preocupação, portanto, parece caminhar no sentido de equilibrar a necessidade de preservação

¹²⁵ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 276.

¹²⁶ Segundo TARTUCE, a obrigatoriedade é princípio implícito decorrente dos arts. 389, 390 e 391 do Código Civil, os quais tratam do inadimplemento da obrigação. Ao contrário, outros Códigos fazem expressa referência ao referido princípio. Assim, por exemplo, o Código Civil italiano de 1942 prevê, no seu artigo 1.372, que “*il contratto ha forza di legge tra le parti*”, enquanto o Código Civil português o traz expresso no artigo 406º, 1, *verbis*: “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contratantes ou nos casos admitidos em lei” (segundo TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. p. 183).

¹²⁷ TARTUCE, embora afirme que o princípio da obrigatoriedade permanece vigente no ordenamento jurídico brasileiro, entende que “esse princípio não é mais a regra geral, como antes era concebido. A força obrigatória constitui, desse modo, exceção à regra geral da socialidade (...)” (TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. p. 187). Contudo, muito embora se concorde com o abrandamento da força do referido princípio com relação à sua formulação clássica, bem como com a primazia da socialidade dos contratos, decorrente de mandamentos inseridos na própria Carta, discorda-se da afirmação de que esse princípio consubstanciaria uma exceção, atualmente. Entende-se que a regra é a obrigatoriedade dos pactos, válida sempre que os acordos celebrados respeitarem os valores sociais estabelecidos no ordenamento, os quais não são necessariamente antitéticos ao exercício da autonomia privada e, conseqüentemente, à celebração de contratos.

das relações travadas com base no exercício da autonomia privada manifestada nos contratos – os quais possuem grande importância social – com os demais valores consagrados pelo ordenamento. Obrigatoriedade do contrato é um princípio a ser lido em conjunto com o novo perfil da autonomia privada e suas decorrências, bem como a boa-fé e função social dos contratos. Estes dois princípios, expressões da solidariedade que informa os contratos atualmente, não eliminam os demais; daí porque, como regra geral, é devido o reconhecimento da força obrigatória de todos os contratos celebrados que respeitem o conjunto de valores trazidos pelo ordenamento jurídico.

3.4.3. Relatividade dos Efeitos Contratuais

Tradicionalmente, o princípio em comento vem expresso no sentido de que os contratos, situados na esfera dos direitos pessoais, só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, não aproveitando nem prejudicando terceiros¹²⁸. A relatividade dos efeitos dos contratos decorre, classicamente, da primazia oferecida à vontade, podendo ser entendida como um dos mais importantes corolários da autonomia privada, na medida em que, considerando a liberdade contratual das pessoas, conclui que o acordo livremente pactuado somente pode vincular apenas as partes que manifestaram a sua vontade, sem afetar terceiros.

A ampla recepção desse princípio pela doutrina brasileira, a despeito da inexistência de uma norma explícita no Código Civil recepcionando-o¹²⁹, conduz à adoção de “uma regra que impõe a intangibilidade da esfera jurídica individual, que não pode ser modificada através de um negócio a ela estranho”¹³⁰. Esse princípio vem complementar o princípio da obrigatoriedade, na medida em que procura restringir o efeito obrigatório dos contratos às partes que manifestaram sua vontade. Nessa linha de entendimento, o clássico princípio da relatividade dos efeitos contratuais expressa uma concepção individualista e voluntarista do

¹²⁸ A doutrina, nesse sentido, costuma distinguir os direitos reais dos pessoais com relação aos seus efeitos, pois enquanto os primeiros possuem eficácia *erga omnes*, devendo ser respeitados por todos, os direitos pessoais possuem eficácia relativa apenas às partes contratantes. A respeito de uma crítica a essa distinção, ver PERLINGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive patrimoniali*. p. 407 – 429.

¹²⁹ Em sentido diverso, o Código Civil francês, por exemplo, conta com regra específica que dispõe que “*les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractuelles; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121*” (artigo 1.165). Significa, em tradução livre, que as convenções somente têm efeito entre as partes contratantes; elas não prejudicam e não beneficiam os terceiros, à exceção do previsto no artigo 1121.

¹³⁰ MULHOLLAND, Caitlin. O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 255 – 280. p. 260.

contrato, não mais condizente com a atual teoria contratual que, deslocando a vontade do seu núcleo, exige uma releitura desse princípio à luz dos fundamentos adotados pelo ordenamento jurídico, harmonizando-o com os novos princípios contratuais.

De fato, o princípio da relatividade do contrato, face à nova estrutura da autonomia privada e à inserção de outros princípios na base do contrato, é relativizado, mitigando-se a sua força, que não é mais absoluta. Orlando GOMES, nessa linha, apresenta uma distinção entre os efeitos internos do contrato e a sua oponibilidade, a qual pode ser tomada como ponto de partida para uma leitura atual do princípio da relatividade dos efeitos do contrato:

a existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna oponível. Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se. Em regra, não é possível criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é relativa; seu campo de aplicação comporta somente as partes¹³¹.

Embora permeada por uma concepção individualista de contrato, essa apresentação tem o mérito de diferenciar os efeitos diretos do contrato, os quais dizem respeito à sua eficácia entre as partes contratantes, da sua eficácia indireta, que se refere aos reflexos causados pelo contrato no âmbito social, relativamente a terceiros. Isso é importante porque a relatividade dos efeitos contratuais está ligada apenas aos efeitos diretos, já que, a princípio, o contrato só produz efeitos internos com relação às partes contratantes, não sendo possível, em regra, tornar alguém parte de uma relação contratual pelo simples efeito da vontade de outra pessoa. São esses efeitos internos que são considerados como o conteúdo obrigatório do contrato e que ficam, em geral, circunscritos às partes. No mesmo sentido, explica MULHOLLAND que

uma pessoa não pode sofrer efeitos obrigatórios de um contrato (ou seja, tornar-se parte contratual) somente pela vontade de uma outra. Obviamente, existem exceções a este princípio. Para que haja tal exceção, é preciso que no momento da celebração do contrato sejam criados direitos ou obrigações para pessoas diversas daquelas dos contratantes, que ingressarão na vida do contrato após a formação do vínculo contratual¹³².

Logo, não sendo um princípio absoluto, admite exceções impostas pela vontade das partes¹³³ ou pela lei¹³⁴.

¹³¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 43.

¹³² MULHOLLAND, Caitlin. *O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais*. p. 271.

¹³³ Cita-se, geralmente, como exceções ao princípio da relatividade: (i) as estipulações a favor de terceiros, pelas quais são criados direitos para pessoas estranhas à formação do contrato, que vêm participar do contrato já na sua fase de execução; (ii) a promessa de fato de terceiro, quando uma das partes contratantes promete um fato a ser praticado por terceiro, que, do mesmo modo, ingressa na fase de execução do contrato.

Ao lado da eficácia interna do contrato, reconhece-se que o este, enquanto fato jurídico, pode ter uma eficácia externa, causando reflexos na sociedade e podendo afetar terceiros, favorecendo ou prejudicando quem não participou do acordo. Trata-se de um fato em relação ao qual terceiros não podem ser indiferentes, reconhecendo-se que a relação contratual não é impermeável aos condicionamentos sociais, mas se insere em um contexto e produz efeitos que repercutem na sociedade.

Mitiga-se, portanto, o princípio dos efeitos relativos do contrato ao se reconhecer que, estando inserido na sociedade, o contrato pode surtir efeitos que transcendem o âmbito das partes contratantes¹³⁵. Abandonando-se a ótica individualista e voluntarista do contrato para o reler à luz das disposições constitucionais, reconhece-se que a tutela jurídica do contrato não se restringe a proteger a imediata satisfação dos interesses patrimoniais e particulares de quem manifesta sua vontade, mas considera, igualmente, a satisfação de interesses existenciais e sociais relacionados. A exigência de atendimento da função social dos contratos conduz, nessa senda, a uma necessária releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, reconhecendo-se que o contrato, inserido na sociedade, não pode contrariar os interesses sociais a ele relacionados.

Considerando-se as disposições constitucionais e a necessária leitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em harmonia com os novos princípios contratuais, entende-se que, atualmente, a função social do contrato representa o parâmetro privilegiado para a aplicação do referido princípio, na medida em que o contrato deve sempre respeitar os interesses sociais porventura envolvidos na relação. Ameniza-se, assim, a força do princípio dos efeitos relativos do contrato, o qual, muitas vezes, pode ceder em favor do atendimento aos ditames emanados da boa-fé ou da função social do contrato¹³⁶.

¹³⁴ Um interessante exemplo de previsão legal que estende o raio de ação do contrato é encontrado no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), nos artigos 17 e 29, os quais apresentam o conceito de consumidor por equiparação, estendendo a garantia contratual contra vícios ou defeitos aos terceiros vítimas de um fato do produto, bem como a responsabilidade do fornecedor com relação a todos aqueles que são expostos às práticas comerciais. Há responsabilidade, nesses casos, mesmo diante da ausência de relação direta entre os consumidores por equiparação e o fornecedor ou produtor, expressando uma evidente mitigação da relatividade dos efeitos contratuais (nesse sentido, LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 277). Na mesma linha, mitiga-se o princípio dos efeitos relativos do contrato na Lei n. 8245/91, que, ao disciplinar os contratos de locação urbana, traz, no artigo 11, a possibilidade da permanência da família do contratante após a sua morte, permanecendo eficaz o contrato.

¹³⁵ NERY Junior considera que “a cláusula geral da função social do contrato constitui, se não ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato” (NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. p. 411).

¹³⁶ A função social do contrato, reconhecendo a possibilidade do contrato repercutir para além das partes e a exigência de atendimento aos interesses sociais, oferece nova possibilidade de leitura do referido princípio, revendo as próprias concepções de partes e terceiros. Esse princípio, em relação à função social do contrato, será objeto de ulteriores comentários no capítulo 5, item 5.4.1.1.

2.5. O CONTRATO COMO PONTO DE ENCONTRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conjunto de alterações experimentadas pelo Direito Contratual civilista a partir do advento da Constituição de 1988 e da doutrina da constitucionalização do Direito Civil, remodelando a própria concepção de contrato, permite que se passe a considerar o contrato como local ou ponto de encontro dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas na relação contratual¹³⁷. Tal entendimento surge com a constitucionalização Direito Contratual e a modificação de sua estrutura a partir dos influxos recebidos daquela, bem como da inserção dos princípios da boa-fé e função social na base da teoria contratual contemporânea. Isso porque, reconhecendo-se a incidência dos direitos fundamentais no Direito Civil, não se pode pretender que o contrato seja um espaço livre dessa ordem de direitos; ao contrário, assume-se a necessidade da concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados também no âmbito das relações contratuais.

De fato, consoante indica TEPEDINO, é fundamental para a compreensão da nova configuração que assumem os principais institutos do Direito Civil a recepção feita pela Constituição de 1988 de normas gerais “relativas a praticamente todas as matérias que antes eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil e pela autonomia da vontade”¹³⁸. Destarte, apresentando a Carta normas jurídicas hierarquicamente superiores, todos os setores do Direito Civil devem ser relidos à luz de suas disposições, o que inclui, logicamente, o contrato. Inaceitável, sob esse viés, a tentativa de adaptação do Código Civil à Constituição, com pretensões de manutenção de um contrato baseado em premissas liberais já ultrapassadas: é o Código e os institutos civilistas que devem se adaptar à Carta, remodelando-se para se conformar às disposições vinculantes desta.

Uma vez reconhecida a força normativa das disposições constitucionais, não é mais possível negar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, cuja incidência impõe a conformação dos institutos civilistas à sua concretização. Nesse sentido, constata FACCHINI que, no âmbito do Direito Civil, a vontade dos particulares é limitada não apenas em razão de normas imperativas em favor de outros particulares, mas principalmente a partir da

¹³⁷ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 255 - 267.

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199 – 215. p. 200.

concretização dos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, substituindo-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade¹³⁹.

Assim, se o contrato moderno era expressão do individualismo e do liberalismo, representando um campo quase imune à ingerência estatal porque deixado à conformação pela vontade das partes limitada apenas excepcionalmente, atualmente seu sentido é diverso. Certamente, não é possível negar a função de circulação de riquezas do contrato: o contrato continua exercendo uma função econômica na sociedade, como principal instrumento para circulação de bens privados. Logo, se é essencial considerar que a concepção contemporânea do contrato constitucionalizado inclui preocupações no sentido da proteção de interesses não-patrimoniais e sociais, abrigando a proteção e promoção dos direitos fundamentais, isso não significa a exclusão dos interesses econômicos das pessoas envolvidas nas relações jurídicas contratuais, sendo o lucro, em regra, admitido no Direito brasileiro¹⁴⁰.

Tal perspectiva decorre da própria leitura do texto constitucional, que assegura a livre iniciativa, mas a condiciona ao atendimento da justiça social. Efetivamente, o que caracteriza a teoria contratual contemporânea é a tentativa de articulação entre autonomia privada, solidariedade e respeito aos direitos fundamentais¹⁴¹.

Observe-se que o artigo 170 da Constituição estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”, conduzindo à conclusão de que a liberdade contratual – corolário da livre iniciativa – está constitucionalmente assegurada, bem como a propriedade privada (art. 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV). Contudo, o mesmo artigo, já no *caput*, fixa que o fim da atividade econômica é assegurar a todos existência digna, condicionando a liberdade de iniciativa ao atendimento dos ditames da justiça social, e, ainda, à observação da função social da propriedade (art. 170, III) e à redução das desigualdades sociais (art. 170, VII), entre outros. Logo, se a livre iniciativa é um

¹³⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado*. p. 23.

¹⁴⁰ Nesse sentido, NALIN, o qual recorda que, tanto é admitido, que o lucro vinha regulamentado, de forma limitada, no artigo 1062 do Código Civil de 1916. Atualmente, é o artigo 406 da codificação civil que traz a regulamentação dos juros legais: “quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

¹⁴¹ Nesse sentido, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 286. A autora apresenta uma interessante passagem de um texto de Ludwig RAISER, que demonstra que, a rigor, a tensão que decorre da tentativa de coordenação entre interesses públicos e privados é inerente a qualquer ordem jurídica: “*Nessun ordinamento può sottrarsi allà polarità che si crea fra libertà individuale e giustizia sociale. Il compito di trovare, di volta in volta, il compromesso che meglio resolve una data situazione di conflitto è rimesso allà decisione politica. Pertanto, lo sviluppo futuro del diritto privato resta aperto*” (*Idem, ibidem*).

princípio constitucional aplicável, indistintamente, às atividades econômicas, a Carta expressa claramente que só é garantida se voltada à concretização da justiça social.

No âmbito contratual, significa que a autonomia privada é assegurada sempre que desenvolvida com vistas à preservação da dignidade de todos, sejam as partes contratuais ou terceiros que sofram efeitos reflexos do contrato. O contrato não pode, jamais, perder de vista a justiça social, à qual se encontra funcionalizado.

Ademais, o sentido que assume no ordenamento jurídico brasileiro a “justiça social” não deve ser buscado no Código Civil e seus fundamentos, o qual, embora tenha sido editado posteriormente à Carta de 1988 e apresente consideráveis evoluções com relação à codificação anterior no âmbito contratual, conta com redação originária da década de 70 e precisa ser harmonizado aos ditames constitucionais. Não é despiciendo lembrar que é a Constituição que, ocupando o vértice do sistema jurídico brasileiro, apresenta as diretrizes fundamentais que devem guiar a leitura da legislação infraconstitucional, tendo o Código Civil perdido a centralidade de outrora, bem como as pretensões de completude e fechamento. São os princípios fundamentais consagrados constitucionalmente, portanto, que devem servir de guia para compreensão do sentido e alcance da expressão “justiça social” e de como esta conforma a autonomia privada.

O deslocamento da base da interpretação do contrato do Código Civil para o Direito Civil Constitucional suscita, conseqüentemente, a questão dos valores que informam o ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a proposta contemporânea de contrato passa a estar necessariamente condicionada à realização dos princípios reitores do sistema indicados na Carta. Importante considerar, nessa esteira, que a Constituição apresenta, no vértice de sua disciplina, os direitos existenciais, privilegiando a dignidade humana (art. 1º, III). Não se pode desconsiderar que, regendo o ordenamento jurídico brasileiro, a Carta consagra um número expressivo de direitos fundamentais, os quais possuem, consoante dicção do artigo 5º, parágrafo 1º, aplicabilidade imediata, o que, segundo SARLET “por si só, já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado”¹⁴². Decorre justamente da fundamentalidade desses direitos a sua especial relevância no Direito Civil, pois “se a influência sobre a ordem jurídico-

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 107 – 163. p. 108. SARLET menciona, também, a doutrina de VILLALON que, no mesmo sentido, entende que “o primeiro pressuposto para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, especialmente no âmbito das relações entre particulares, é a existência de uma garantia efetiva e específica dos direitos fundamentais” (*Idem, ibidem*).

privada não é, por certo, prerrogativa dos direitos fundamentais, também não há como negligenciar que existem fortes razões a sustentar uma natureza qualitativamente diferenciada”¹⁴³.

Assim, estando a pessoa no centro das atenções do projeto constitucional, essa orientação deve ser refletida no contrato. Percebe-se, nessa linha, que o contrato liberal, marcado pelo voluntarismo e individualismo, centrava-se no homem e seus interesses, valorizando a sua autonomia privada (foi este, inclusive, o modelo recepcionado pelo Código Civil brasileiro de 1916). Não se trata, contudo, de um retorno ao individualismo: afirmar que a pessoa está no âmago do ordenamento jurídico hodierno significa valorizar seus interesses existenciais, considerando a pessoa em sua concretude, e não abstratamente. Explicando essa aparente dificuldade, leciona NALIN (tendo por parâmetros a Constituição de 1988 e o Código Civil de 1916, de matriz nitidamente individualista):

note-se que se está diante de um suposto paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que a constitucionalização do Direito Civil aniquila o individualismo inserido no Código Civil, coloca o homem no centro de suas atenções. Ocorre que resgatar o homem (antropocentrismo) não se identifica com a renovação daqueles valores egoísticos contidos no Código Civil, ou seja, não é o *homem econômico* que figura no vértice constitucional, em que pese ser este, também, tutelado pela Carta, todavia de forma casual, mas sim o *homem existencial*, recepcionada a relação jurídica desde que tais experiências individuais tenham uma projeção útil (existencial) para o titular em si e para o coletivo.¹⁴⁴

A despatrimonialização do Direito Civil, dessa maneira, alcança também o contrato, no sentido da primazia à tutela do sujeito face aos interesses puramente patrimoniais. Passando-se a ler o Direito Civil à luz das disposições constitucionais, entende-se que o principal marco interpretativo aparece nucleado no respeito à pessoa e aos seus direitos existenciais, de modo que a autonomia privada deve ser compreendida em função do desenvolvimento da pessoa e respeito à sua dignidade, muito embora o conteúdo patrimonial possa se fazer presente nas relações jurídicas reguladas pelo Direito Civil. Consoante já indicado, o conteúdo patrimonial do contrato é inegável e a sua despatrimonialização não deve ser tomada no sentido de superação da patrimonialidade e da função econômica do contrato como meio de circulação de riquezas; a referência é feita com vistas à “renovação dos propósitos do contrato contemporâneo”¹⁴⁵, o qual, seguindo a orientação constitucional, passa a dispensar maior atenção à pessoa que ao patrimônio.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. p. 108.

¹⁴⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 246.

¹⁴⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 251.

O contrato contemporâneo, portanto, é um instrumento para circulação de riquezas e realização de interesses econômicos, ao mesmo tempo em que age na proteção dos direitos fundamentais e na realização dos interesses existenciais das partes e da coletividade, não podendo se afastar do projeto constitucional. Tendo como parâmetro maior a dignidade humana, bem como o rol dos direitos fundamentais, a relação contratual deve ser desenvolvida de modo a preservar os interesses particulares que estejam em consonância com os princípios que fundamentam o ordenamento jurídico, sem descuidar dos interesses sociais que possam estar envolvidos no contrato. É nessa medida que o contrato, para além da sua função econômica, pode ser entendido como um ponto de encontro dos direitos fundamentais.

Importante observar que a Constituição assume claro compromisso social com a realização dos direitos fundamentais, de modo que a liberdade contratual não pode ser considerada ilimitada. Sua interpretação e seu exercício devem ser sempre feitos com vistas à realização dos objetivos assumidos pela Carta, dentre os quais se destaca, no artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais (respectivamente, nos incisos I e III do art. 3º da CR). Destarte, não se ignora a função econômica do contrato, mas se impõe considerar, prioritariamente, no âmbito da relação jurídica contratual, a dignidade dos contratantes e a preservação de seus direitos fundamentais¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Ou, nas palavras de NALIN, “a interpretação constitucional do contrato transita do ser para o ter”NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 249.

IV - A BOA-FÉ CONTRATUAL

“Tra i tempi più nuovi si segnala soprattutto la emergenza del criterio di apprezzamento della correttezza (‘fairness’) como parametro di valutazione degli interessi e quindi del comportamento dei contraenti”¹.

Seguindo as perspectivas de estruturação do Código Civil nas diretrizes de eticidade, socialidade e operabilidade, a boa-fé ressurge como um parâmetro orientador da conduta dos contraentes, difundindo-se a aplicação, principalmente, de sua vertente objetiva.

Diretamente relacionada à eticidade, a boa-fé contratual vem consagrada na forma de uma cláusula geral, comportando ampla abertura para aplicação dos princípios constitucionais e consideração dos fatos e da realidade concreta de cada caso. Exige, assim, empenho dos intérpretes e aplicadores do Direito para reconhecer a insuficiência da mera subsunção dos fatos à previsão legislativa abstrata e descer às especificidades de cada situação concreta. Nesse sentido, ressalta THEODORO Junior que

o ideal insistentemente perseguido é, sem dúvida, o da justiça concreta, como adverte Miguel Reale, não em função de individualidades concebidas *in abstracto*, mas de pessoas consideradas no contexto de suas peculiaridades circunstanciais. Fugindo da antiga perspectiva hostil à equidade e da submissão aos princípios éticos, o novo Código confessadamente reconhece a impossibilidade da plenitude do Direito escrito, pois o que há, na verdade, na nova ótica normativa, é, sim, ‘a plenitude ético-jurídica do ordenamento’. Dessa maneira, o Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios como esse da equidade, da boa-fé, de correção².

Certamente, não é possível afirmar que a adoção da boa-fé no espaço do Direito Civil é uma inovação; a relativa novidade se restringe à expressa previsão no Código Civil brasileiro da aplicação do sentido objetivo da boa-fé no âmbito contratual. A rigor, a doutrina costuma identificar a origem da boa-fé no Direito Romano, passando por contributos cristãos e germânicos, até chegar ao estágio atual de desenvolvimento.

Embora a grande maioria da doutrina, brasileira ou estrangeira, reporte a origem romana da boa-fé, não a apresenta com formulações seguras, evidenciando-se, ao contrário, a ambivalência e polissemia desta, o que, segundo CORDEIRO, talvez seja a própria razão de sua persistência até os dias atuais³.

¹ ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 329.

² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil – Dos Defeitos do Negócio Jurídico ao final do livro III*. Art.s 138 a 184. Vol. III, Tomo I, Forense, 2003, p. XII.

³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2. reimp. Lisboa: Almedina, 2001. p. 147.

Sem pretender adentrar em uma investigação de cunho histórico⁴, o qual desborda do campo de abrangência deste estudo, é interessante observar que já no Direito Romano há indícios de utilização de uma vertente objetiva da boa-fé no âmbito contratual. A despeito da ausência de formulação expressa de um princípio da boa-fé no Direito Romano⁵, a doutrina indica a sua utilização prática como requisito para aqueles negócios jurídicos aos quais o Estado não podia proteger processualmente porque despidos da formalidade que possibilitava o manejo da *actio*. Esses negócios consensuais, que não fundamentavam a sua validade nas formalidades, mas, na boa-fé, multiplicaram-se com o desenvolvimento comercial e do *jus gentium*⁶, conduzindo a *fides* à fórmula *age quod agis*⁷. Segundo FREZZA, é nesse momento que se agrega o qualitativo *bona*, transmudando-se em *bona fides*, ou seja, “uma *fides* que constringe quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito (...) fazendo do próprio intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que o fizeram nascer”⁸. Portanto, a *bona fides* alcançava onde o formalismo não vinculava, desenvolvendo-se justamente no confronto entre o formalismo e o valor que se outorgava à intenção das partes contratantes⁹, de modo a atuar tanto na definição do conteúdo do contrato, como na fixação da responsabilidade dos contraentes.

Ainda no âmbito do Direito Romano é interessante a menção a um tipo especial de procedimento vigente no Período Formulário¹⁰, denominado *bonae fidei iudicium*. Segundo MARTINS-COSTA, este consistia em um “procedimento perante o juiz no qual o demandante apresentava uma fórmula especial (...) na qual, não podendo demonstrar uma

⁴ A respeito do desenvolvimento histórico da boa-fé remete-se à excelente tese de doutoramento de MENEZES CORDEIRO (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2. reimp. Lisboa: Almedina, 2001). No tocante ao desenvolvimento no âmbito do Direito brasileiro, confira-se a obra de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1.ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000).

⁵ Segundo VELASCO, Ignácio M. Poveda *apud* GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 119.

⁶ Destaca-se, portanto, a inserção de duas novidades no Direito Romano: a consensualidade e a possibilidade de intervenção dos estrangeiros em esquemas jurídicos reservados aos cidadãos romanos, que mais tarde foram chamados de *jus gentium*, como explica MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 79.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. p. 115. Essa expressão latina, segundo FREZZA, citado pela referida autora, significa: “informa teu comportamento àquele desenho de ação ao qual tu e a tua contraparte consentiram”.

⁸ FREZZA *apud* por MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. p. 115.

⁹ MARTINS, Flávio Alves. *A Boa-fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.34.

¹⁰ O Período Formulário (150 a.C. a 199 d.C.) sucedeu ao Período Primitivo (*legis actiones*), no qual só se manipulavam as “ações da lei”, em número de cinco. Teve início devido à expansão do Império Romano, o que fez surgir novas e complexas relações jurídicas que não mais se enquadravam nos limites das *legis actiones* (GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea*. p. 118).

intentio baseada na *lex*, a fundava na *fides*, ordenando ao pretor que o juiz sentenciasse conforme os ditados da boa-fé¹¹. Esse procedimento não era aplicado apenas para relações pessoais fundadas na confiança, mas, também, para negócios nos quais havia transferência de valores econômicos¹² e autorizava o pretor a considerar, além da ocorrência do fato central apresentado pela partes, outros fatos conexos, buscando, deste modo, a substância das questões e, com isso, uma solução material e não puramente formal dos litígios. Tais elementos levam a doutrina a ver uma relação de proximidade entre a *bona fides* romana e a configuração atual da cláusula geral de boa-fé do Direito obrigacional¹³.

É mais tarde, segundo MENEZES CORDEIRO¹⁴, que se observa uma diluição da boa-fé em dois sentidos: no sentido horizontal, passa para os Direitos Reais, principalmente no tocante à proteção possessória, adquirindo significado de estado de ignorância de determinados vícios, com evidente fundamento subjetivo-psicológico; verticalmente, comunica-se com os princípios gerais do Direito, sem separação clara de outros preceitos como justiça, honestidade e lealdade, os quais deveriam informar todos os negócios jurídicos, adquirindo, assim, uma ambivalência que se mantém até os dias atuais.

No âmbito do Direito Canônico, a boa-fé experimenta um processo de subjetivação, passando de um conceito técnico-jurídico para um lugar comum retórico, com o que ganha uma dimensão axiológica entendida como “ausência de pecado”¹⁵. Assim, as inovações realizadas pelo Direito Canônico promovem simplificações e amputações da boa-fé, que se mantém, sobretudo, no seu aspecto subjetivo, âmbito no qual recebe um sentido ético, mas não desempenha, na prática, qualquer papel relevante no tocante aos contratos consensuais, excetuando-se as menções de caráter retórico. A rigor, a boa-fé tornou-se uma “categoria vazia de qualquer conteúdo substancial”¹⁶ na prática do Direito das Obrigações, onde teve sua origem, com paralelo fortalecimento do seu sentido subjetivo, ligado à prescrição aquisitiva e utilizações

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. p. 120.

¹² NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 36.

¹³ Assim, exemplificativamente, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 105. Afirmo o referido autor que “a *fides bona* teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objectiva de comportamento honesto e correcto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico” (*Idem, ibidem*). Também MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. p. 122 e NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*, p. 40. Esta, referindo-se ao Direito Romano e ao atual Direito Civil brasileiro, afirma que “a boa-fé, tanto lá como aqui, conforma-se como uma espécie de cláusula sindicante geral a ser atuada pelo juiz em face de cada caso concreto” (*Idem, ibidem*).

¹⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 147.

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 159.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 160.

similares¹⁷, passando a requerer, neste viés, “não apenas mera ignorância, como no Direito Romano, mas a consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado”¹⁸. É neste último sentido que a boa-fé ganha, no Direito Canônico, foros de um princípio geral do Direito, influenciando as construções jurídicas posteriores.

Não é possível ignorar, também, para compreensão do desenvolvimento da boa-fé no Direito Civil brasileiro, as construções operadas com as codificações francesa e germânica, pois ambas recepcionaram a boa-fé¹⁹. Nesse sentido, afirma MENEZES CORDEIRO que “depois do Digesto, em 532, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleônico, em 1804”²⁰.

O Código Civil francês de 1804, tendo primado pela tradição romanística, traz várias referências à boa-fé em seu texto²¹, mantendo a bipartição entre as vertentes objetiva e subjetiva. No tocante à matéria possessória, os preceitos consideram situações de ignorância, ligando-se diretamente à concepção romana, sendo que a predominância da boa-fé subjetiva é expressa no artigo 550 do *Code*²², o qual, ligando a boa-fé a um estado de ignorância, apresenta um conceito meramente psicológico que foi utilizado para compreensão das demais referências à boa-fé. Por sua vez, o artigo 1.134 do *Code* previu o que atualmente se denomina de boa-fé objetiva: “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui lés ont faites. Elles ne peuvent être révoquée que le leus consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”²³.

Se a boa-fé subjetiva, porém, teve fácil recepção na doutrina francesa oitocentista, o mesmo não aconteceu com a interpretação do referido artigo 1.134. Inserido em um contexto no qual a busca intensa era pela segurança jurídica, o Código francês seguiu esta orientação apresentando-se como uma construção com pretensões totalitárias, garantidora de direitos

¹⁷ Por exemplo, no casamento putativo.

¹⁸ Conforme MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. p. 131.

¹⁹ Refere-se, aqui, ao *Code Civil* francês de 1804 e ao BGB. Consoante já explicitado, o objetivo deste trabalho não é traçar um histórico do desenvolvimento da boa-fé, de modo que se deixa de explicitar grande parte das construções jurídicas realizadas desde o Direito Romano até as grandes codificações do século XVII. Remete-se, sobre o tema, à leitura da obra de MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*, a qual trata da tríplice base oferecida à boa-fé pelo Direito Romano, Direito Canônico e Direito Germânico.

²⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 226.

²¹ A título de exemplo, pode-se citar, entre outros, os seguintes artigos do Código Civil francês: arts. 201 e 202: casamento putativo; art. 1.134: dever de executar as convenções de boa-fé; art. 1.238: pagamento recebido de boa-fé; arts. 2.265, 2.268 e 2.269: boa-fé na usucapião.

²² “Art. 550. *Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices*”. Em tradução livre, significa que o possuidor está de boa-fé quando possui como proprietário, em virtude de um título translativo de propriedade cujos vícios ignore.

²³ Significa, em tradução livre, que as convenções legalmente formadas possuem força de lei entre as partes. Não podem ser revogadas, exceto por mútuo consentimento e nos casos previstos em lei e devem ser cumpridas de boa fé.

subjetivos de viés marcadamente individualista, tendo a propriedade no seu centro e valorizando a liberdade e igualdade formais, de modo que o contrato foi tomado como manifestação livre da vontade individual e núcleo das atividades econômicas. Frente à suposta completude da lei, ocorre a identificação entre esta e o Direito, de modo que ao juiz caberia tão apenas aplicá-la de forma passiva, buscando evidenciar seu sentido e alcance para subsumir os casos concretos às abstratas previsões legislativas. Nesse contexto, a interpretação do artigo 1.134 como uma cláusula geral representativa de um viés objetivo da boa-fé não teve muito sucesso²⁴. Ao contrário, ofuscado pelo dogma da autonomia da vontade, o artigo 1.134 é entendido como regra de “reforço ao pactuado”²⁵. Assim, considerou-se, sob o viés individualista do Código, que a boa-fé, mesmo estando expressa na lei, não poderia ter papel mais relevante do que reforçar o sentido supremo da autonomia da vontade. Logo, a despeito de se manter a distinção entre a boa-fé aplicável à matéria possessória e aquela incidente nas obrigações, ambas foram analisadas a partir de um critério subjetivo, interno ao agente, e contraposto ao dolo e à má-fé. Diante desse quadro, MENEZES CORDEIRO arremata:

conclua-se pelo fracasso da boa-fé no espaço juscultural francês. Prevista no Código Civil Napoleônico com a coloração jusracionalista que, na altura, se lhe impunha, ela foi incapaz de evoluir à medida que se lhe quebraram as amarras de origem. Imagem do bloqueio geral derivado de uma codificação fascinante e produto das limitações advinentes de um positivismo ingênuo e exegetico, a boa-fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em termos de não levantar ondas dogmáticas. Esse fracasso, patente no panorama dos comentários e obras gerais e claro na falta de resultados obtidos pelas monografias que, em França, se debruçaram sobre a boa fé, acentua-se pela sua não aplicação jurisprudencial e pelo desaparecimento, no segundo pós-guerra, de estudos a ela votados²⁶.

É somente no final do século XX que vão surgir inovações na doutrina francesa da boa-fé por influência de transferências culturais alemãs, passando-se a atentar para a potencialidade no artigo 1.134 como cláusula geral compreensiva de uma regra de conduta.

Já no Direito Alemão o desenvolvimento da boa-fé foi diverso, havendo autores que afirmam, inclusive, que os contornos atuais da boa-fé objetiva no pensamento jurídico

²⁴ Nessa linha, explica MENEZES CORDEIRO que “o sentido da boa-fé contratual resultando do art. 1134/3 do Código Napoleônico foi, portanto, aproximado da extinção do contrapor entre os *bonae fidei* e os *stricti iuris iudicia*, com o sentido sucessivo de uma saída formal para um preceito que não comportava saídas exegeticas, de uma generalização da equidade e da proscrição do dolo e da fraude” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p.259).

²⁵ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 45.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 267.

ocidental resultam da doutrina e jurisprudência alemãs²⁷. De fato, sendo o Código Civil alemão cerca de um século mais jovem que a codificação francesa e estando impregnado por uma cultura jurídica distinta, a boa-fé objetiva ganha relevo. A rigor, é antes mesmo da edição do BGB que emerge a aplicação do instituto da boa-fé na prática comercial alemã. Mantendo a bipartição da boa-fé, aparece no campo possessório no seu viés subjetivo, encontrando nas práticas comerciais, em um primeiro momento, campo para aplicação de seu viés objetivo²⁸. Assim, identificando a aplicação jurisprudencial pelos Tribunais Comerciais da boa-fé objetiva como “um modo de exercício das posições jurídicas, uma fórmula de interpretação objectiva dos contratos ou, até, uma fonte de deveres, independentemente do fenómeno contratual”²⁹, MENEZES CORDEIRO atesta que a difusão da boa-fé objetiva após a entrada em vigor do Código Civil alemão em 1900 é apenas aparente, pois o que há é uma continuidade das práticas jurisprudenciais assentes na experiência dos Tribunais Comerciais³⁰. Não obstante, o BGB é considerado pelos civilistas que adotam a bipartição da boa-fé em objetiva e subjetiva como a grande fonte para a sua atual compreensão no Direito Civil. Além de várias referências à boa-fé subjetiva (*Guter Glaube*), o BGB refere-se de modo expresso à boa-fé objetiva (*Treu und Glaube*) em ao menos cinco disposições³¹, sendo o artigo 242 o mais relevante. Estabelece o referido

²⁷ Nesse sentido, NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 48 - 49. Também NALIN, Paulo. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. p. 196.

²⁸ A boa-fé esboçada pelos Tribunais Comerciais carecia de amparo doutrinário ou legislativo, estando assentada apenas no substrato cultural alemão. A justificativa para sua ampla utilização refere-se a um conjunto de fatores, segundo MENEZES CORDEIRO (*Da boa-fé no Direito Civil*, p. 315 – 316): (i) o Direito Comercial é recente, e não remonta diretamente ao *Corpus Iuris Civilis*, mas às práticas comerciais das cidades; (ii) é mais ligado aos usos e à prática cotidiana do que o Direito Civil; (iii) a intensificação das trocas comerciais em tempos de liberalismo provocou a necessidade de codificação do Direito Mercantil, o que não foi possível na Alemanha em virtude de condições estaduais desfavoráveis, o que levou as quatro cidades livres do Ocidente alemão (Lübeck, Hamburg, Bremen e Frankfurt) a estabelecer um Tribunal Superior de Apelação Comercial (chamado *Oberappellationsgericht zu Lübeck*, ou *OAG Lübeck*), em 1815, com sede em Lübeck. A boa-fé apresenta-se, nesse Tribunal, a partir de uma utilização tópica, pois “não há qualquer explicitação do tema, mas, apenas, referências vagas, não se utiliza um esquema de precedentes, que permita falar em Direito jurisprudencial e a própria linguagem empregue oscila de modo contínuo” (*Idem*, p. 317). A partir das decisões proferidas por esse Tribunal, a boa-fé objetiva ganha projeção a nível decisório, com relevo próprio, a despeito da falta de apoio legislativo (sua recepção pela legislação só ocorreu com a edição do BGB).

²⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 317.

³⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 314 - 315.

³¹ No § 157: “os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, em consideração pelos costumes de tráfego”; no § 162/1 e 2: “quando a verificação da condição seja, contra a boa-fé, impedida pela parte a quem ela desfavoreça, tem-se por ocorrida” e “quando a verificação da condição seja, contra a boa-fé, provocada pela parte a quem favoreça, tem-se por não ocorrida”; no § 242 “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes de tráfego”; no § 320/2 a respeito da exceção do contrato não cumprido: “quando, por uma das partes, apenas tenha havido uma prestação parcial, a contraprestação não pode, contudo, ser recusada quando a recusa, segundo as circunstâncias, em especial, por causa da pequenez relativa do que falta, seja contrária à boa-fé”; e no § 815, sobre o enriquecimento sem causa: “a restituição por não

dispositivo que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”³².

Inserido na forma de uma cláusula geral, o artigo 242 do BGB é capaz de oxigenar e dar mobilidade ao sistema, embora seus efeitos transformadores não tenham sido reconhecidos imediatamente pela doutrina³³. Inicialmente, esse parágrafo foi compreendido como fórmula de reforço material do contrato³⁴; foi sobretudo nos anos que seguiram à Primeira Guerra que a boa-fé objetiva como regra de conduta passou a ser adota pelos Tribunais, passando a se entender que, com a utilização de cláusulas gerais como a da boa-fé, “a ordem jurídica atribuiu ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais eram (são) de nenhum modo fixos”³⁵. Sintetizando a orientação alemã sobre o tema, Franz WIEAKER³⁶ identifica uma tríplice função da boa-fé no direito germânico: (a) *oficium iudicis*, ou a função hermenêutico-integrativa; (b) como máxima de conduta ético-jurídica; (c) como meio de ruptura do direito positivado alemão, atuando, principalmente, nas lacunas. Interessante observar que essa concepção germânica da boa-fé não esmaeceu com o passar do tempo, tendo servido, inclusive, de inspiração para outras culturas jurídicas, como é o caso da brasileira.

4.1. A BOA-FÉ NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, o grande impulso para o estudo e aplicação prática da boa-fé objetiva veio com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, o qual, em seu artigo 422, prevê a boa-fé obrigacional na forma de uma cláusula geral assim disposta:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Contudo, não seria correto afirmar a ausência de previsão legislativa anterior. A rigor, a boa-fé objetiva já encontrava previsão no Código Comercial de 1850, o qual, em seu artigo

ocorrência do resultado visado com a prestação é excluída quando fosse, desde o princípio, impossível e o autor da prestação soubesse disso e quando este, contra a boa-fé, tenha impedido tal resultado”.

³² A tradução é de NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 49.

³³ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 49 - 50.

³⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 331.

³⁵ MARTINS, Flávio Alves. *A Boa-fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. p. 47.

³⁶ WIEAKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. De José Luis Carro. 2.ed. Madrid, Espanha: Civitas S.A., 1982 p. 49 e ss.

131³⁷, fazia expressa referencia à boa-fé como elemento de interpretação e integração das cláusulas contratuais. Porém, além de não haver o reconhecimento da atribuição de deveres laterais a partir da boa-fé³⁸, esta “permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos Tribunais”³⁹.

O Código Civil de 1916, por sua vez, manteve-se omissivo em relação à boa-fé em matéria obrigacional, fazendo apenas uma menção à boa-fé objetiva a respeito dos contratos de seguro⁴⁰. É necessário considerar, entretanto, a influência iluminista existente na cultura jurídica brasileira no período no qual o Código Civil de 1916 foi editado, pois a acentuada preocupação com segurança jurídica, certeza e completude do texto legal não deixaram espaço para adoção de normas de caráter geral, de modo que não houve grande desenvolvimento da boa-fé na doutrina ou na jurisprudência. De fato, a boa-fé ficou restrita às hipóteses de ignorância escusável, principalmente em matéria de direito de família e tratamento da proteção possessória⁴¹. Ao lado dessa recepção da boa-fé subjetiva, a disposição do artigo 1.443 e a afirmação doutrinária de Clóvis BEVILAQUA no sentido de que “todos os contratos devem ser de boa-fé”⁴² não foi suficiente para a difundir a aplicação da boa-fé objetiva no cenário jurídico nacional do século XX.

Foi, na verdade, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que resgatou a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, referindo-a em dois artigos, ora como princípio geral orientador de condutas (art. 4, III)⁴³, ora como cláusula geral norteadora dos

³⁷ Artigo 131: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I. a inteligência simples e adequada, que foi mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

³⁸ Segundo NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 75.

³⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 14. Abr./ jun. 1995. p. 20 – 27. p. 21.

⁴⁰ Artigo 1.443: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 266. É possível citar, exemplificativamente, o casamento putativo (art. 221) e a posse de boa-fé (arts. 490 – 491).

⁴² BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*. Ed. histórica. Vol. IV. 7. tir. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1958. p. 573.

⁴³ Artigo 4º: “A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III. harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

contratos de consumo (art. 51)⁴⁴. É possível dizer que tais previsões legislativas foram, em grande parte, responsáveis pelo ressurgimento da boa-fé no cenário jurídico brasileiro, impulsionando estudos para viabilizar sua aplicação concreta. É interessante destacar que grande parte da doutrina que se debruça sobre a boa-fé no Código Consumerista costuma ressaltar a íntima relação entre as previsões do Código e a pauta axiológica constitucional. Nessa linha, sublinha AGUIAR que

o princípio da boa-fé está mencionado no texto do art. 4º, III, como critério auxiliar para viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica (Art. 170 da CF). Isso traz à tona aspecto nem sempre considerado na boa-fé, consistente na sua vinculação com os princípios sócio-econômicos que presidem o ordenamento jurídico nacional, atuando operativamente no âmbito da economia do contrato. Isso quer dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário deste, se o interesse social prevalente assim o determinar.⁴⁵

Na visão do autor, a boa-fé consumerista aparece, portanto, ligada à função social do contrato, não se esgotando em um conteúdo ético, mas possuindo, também, uma vinculação com a funcionalidade sócio-econômica daquele. Portanto, teria a boa-fé do artigo 4º, III da Lei 8.078/90 uma função externa, relacionada à função social do contrato, e uma função interna, relativa à economia do contrato no que concerne às partes contratantes⁴⁶.

O artigo 51 da Lei 8.078/90, por sua vez, considera abusiva a cláusula incompatível com a boa-fé ou a equidade, limitando, evidentemente, a autonomia privada das partes contratantes.

Embora não se pretenda adentrar no tema da boa-fé no Direito do Consumidor, é importante mencionar que a doutrina consumerista vem ressaltando a necessidade de proteção do consumidor no sentido da instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela da dignidade da pessoa humana e aos valores existenciais consagrados na Constituição⁴⁷, conferindo à boa-fé, desse modo, um conteúdo constitucionalizado a ser realizado de forma coerente com a racionalidade do sistema. A grande guinada experimentada com o advento do Código de Defesa do Consumidor foi, a rigor, a simbólica ruptura com o sistema totalizante do Código Civil de 1916 em matéria de contratos. Estando diretamente assentado nos princípios constitucionais, o Código consumerista oxigena o sistema contratual ao exigir sua

⁴⁴ “Art. 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV. Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

⁴⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. p. 21 - 22.

⁴⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. p. 22.

⁴⁷ Nesse sentido, NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 81.

vinculação com a boa-fé, buscando, desse modo, conformar a livre iniciativa à justiça social, consoante disposto no artigo 170 da Carta.

Não obstante, certamente não é possível afirmar que antes da edição do Código do Consumidor a boa-fé objetiva não estava presente nos contratos ou que antes do Código Civil de 2002 não era possível a sua aplicação no Direito Civil brasileiro. Nesse sentido, a doutrina de NORONHA:

embora o Código Civil de 1916 não consagre preceitos gerais a este princípio da boa-fé, entendido como dever imposto às partes de agirem de acordo com determinados padrões de conduta, tal certamente nunca poderia significar que ele não tivesse relevo jurídico. (...) Afinal, trata-se de princípio fundamental, sem o qual, de resto, ficariam incompreensíveis os preceitos esparsos que no próprio Código se reportam à necessidade de pautar condutas de acordo com a boa-fé⁴⁸.

Com efeito, se o Código de Defesa do Consumidor relança a boa-fé no plano contratual, certo é que a sua observância não poderia ficar adstrita às relações abrangidas por aquele Código, pois todas as relações contratuais devem ser conformadas à justiça social. Assim, a boa-fé não nasce com o Código de Defesa do Consumidor, nem tem sua aplicação restrita a esse âmbito, sendo plenamente aplicável às demais relações contratuais mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002.

Contudo, embora já houvessem tímidas manifestações da doutrina brasileira nesse sentido, é somente com a codificação atual que vem sendo difundida a utilização prática da boa-fé objetiva pelos Tribunais. Antes disso, o que se percebe são decisões isoladas e acolhimento por parte da doutrina, mas sem a ampla receptividade que se observa atualmente. Interessante, a respeito, observar que já em 1943 o Supremo Tribunal Federal decidira, em Sessão Plenária, que “a boa-fé domina a interpretação das convenções”, o que não foi suficiente, todavia, para sua recepção pela doutrina da época.⁴⁹

Destarte, não se pode negar que a referência legislativa seja salutar, pois sua ausência tende a dificultar “a percepção do princípio, ainda que fundamental, e torna difícil a

⁴⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 127-128.

⁴⁹ A decisão é citada por NORONHA e complementada pela posição expressa pelo então Ministro Castro Nunes, o qual afirmara que “a noção de contrato vai cedendo dia-a-dia às imposições, sem necessidade de haver no direito positivo de cada país, como existe no suíço, texto expresso armando o juiz do poder de fazer prevalecer aquela regra, que se deve haver como implícita na interpretação e execução das convenções” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 131). PONTES DE MIRANDA, entretanto, reputou esse entendimento de “absurdo”, rejeitando a idéia de que alguma cláusula do contrato pudesse ser afastada com base na boa-fé (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 332).

tarefa do julgador, por inexistir em lei uma referência à qual este remeteria o julgamento do caso concreto”⁵⁰.

4.2. A AMBIVALÊNCIA DA BOA-FÉ: as vertentes subjetiva e objetiva

A respeito das mudanças experimentadas pelo contrato desde sua concepção clássica até a contemporânea, Guido ALPA sublinha que “*tra i tempi più nuovi si segnala soprattutto la emergenza del criterio di apprezzamento della correttezza ('fairness') como parametro di valutazione degli interessi e quindi del comportamento dei contraenti*”⁵¹. É nesse sentido, seguindo as orientações contemporâneas de solidarização e eticização das relações jurídicas contratuais que se insere a previsão legislativa da boa-fé obrigacional no Código Civil brasileiro de 2002.

Desde logo, entretanto, faz-se mister destacar que, segundo doutrina majoritária, a boa-fé, embora seja um princípio único, apresenta duas faces, uma objetiva e outra subjetiva⁵². Assim, adotando-se a tese da bipartição da boa-fé, entende-se que seu perfil subjetivo diz respeito a dados internos ao sujeito, psicológicos, ao passo que no viés objetivo a boa-fé reporta-se a dados externos, aferíveis a partir da conduta dos contraentes.

Antes de se analisar, porém, cada uma dessas perspectivas, vale ressaltar que a boa-fé é um princípio único de fonte constitucional⁵³. Segundo LARENZ

el principio de la 'buena fe' significa que cada uno debe guardar 'fidelidad' a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la

⁵⁰ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea*. p. 144-145.

⁵¹ ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 329. Significa, em tradução livre, que, mais recentemente, sublinha-se, sobretudo, a emergência do critério de valorização da boa-fé como parâmetro de valorização dos interesses e, portanto, do comportamento dos contratantes.

⁵² Anote-se que embora grande parte da doutrina compartilhe desse entendimento, há quem sustente que o conceito é uno, sob o argumento de que “*tecnicamente no pueden admitirse conceptos distintos de una misma intuición, y si llega a conclusión dualista la abstracción constructiva debe subir algún escalón más desde el cual pueda verse el bosque completo y no los árboles aislados. (...) Y si el Derecho ofrece en verdad disparidad de conceptos y criterios es labor del jurista abstraer sobre ellas y lograr por la inducción y la síntesis la unidad del concepto*” (GÓMES-ACEBO apud NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 11-12).

⁵³ Nessa perspectiva, entende-se que a boa-fé é um princípio composto por duas faces. Do mesmo modo, embora endossado pela maioria da doutrina nacional, esse entendimento não é pacífico. Assim, NORONHA entende que existem duas acepções da boa-fé, mas que só é possível falar em *princípio da boa-fé* a propósito da boa-fé objetiva, pois somente esta é dever de agir. Além disso, o autor refere que “no âmbito dessa boa-fé objetiva, o campo de atuação do princípio de que estamos tratando deve ser circunscrito ao Direito das Obrigações e a esse seu apêndice, que é o Direito Comercial, com apenas algumas aplicações em outros ramos da árvore do direito que incluam institutos qualificáveis como obrigacionais” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 129).

*base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabia esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando en él en virtud de otros vínculos jurídicos.*⁵⁴

A partir dessas considerações iniciais já é possível perceber que a boa-fé não aparece como uma regra fechada, mas como um princípio, indicando, deste modo, uma direção na qual se deve buscar os parâmetros para atuação em cada caso concreto, pois o juízo valorativo a ser desenvolvido depende das condições concretas presentes em cada momento e contexto.

Há autores que entendem, ainda, que a boa-fé configura um princípio geral do Direito. Para LOS MOZOS a boa-fé é “*un principio general de Derecho*”, pois “*la buena fe inspira el ordenamiento jurídico y conforme a ella, como uno de los criterios rectores, este, ha de ser convenientemente interpretado, situándose en el mismo plano que el principio de equidad, legalidad, orden publico, causalidad, certeza, seguridad, equilibrio de intereses y aún razones sistemáticas*”.⁵⁵ Na doutrina brasileira, NALIN⁵⁶ comunga desse entendimento, colocando a boa-fé ao lado de outros princípios gerais do Direito, como liberdade e dignidade da pessoa humana, ressaltando, ainda, que a boa-fé enquanto princípio jurídico transcende a previsão do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁷, pois sua utilização não se restringe à integração do sistema legal.

De fato, considerando a ampla aplicação da boa-fé, a qual abrange todos os Livros do Código Civil, bem como a possibilidade de sua aplicação em outros ramos do Direito, como é o caso, exemplificativamente, do Direito do Consumidor e do Direito Público⁵⁸, é possível considerar a boa-fé como um princípio geral do Direito. Nessa esteira, aponta LARENZ que “*el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre*

⁵⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 142.

⁵⁵ LOS MOZOS, José Luis de. *El Principio de La Buena Fe: sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Barcelon: Bosh, 1965. p. 123.

⁵⁶ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 173-209. p. 185.

⁵⁷ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (LICC – Decreto-Lei nº 4.657/42).

⁵⁸ Também MENEZES CORDEIRO refere-se à ampla aplicação da boa-fé no Direito Civil nas primeiras linhas de sua obra: “a boa-fé surge, com frequência, no espaço civil. Desde as fontes do Direito à sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a boa-fé informa previsões normativas e nomina vectores importantes da ordem privada” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 02). No âmbito do Direito Público, por exemplo, MOREIRA trata da boa-fé nos contratos administrativos, considerando, com base nos mandamentos de condutas éticas que decorrem do princípio da moralidade, que “ao nível dos contratos administrativos o princípio da boa-fé assume maior importância” (MOREIRA, Egon Bockmann. A Lei de Licitações, o Princípio da Boa-fé Objetiva e o Abuso de Direito. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Abuso de Poder do Estado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 64 – 82. p. 72).

*que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por lo tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y en el Derecho público”.*⁵⁹

Ademais, embora a partir de uma rápida leitura da Constituição brasileira de 1988 já seja possível perceber que a boa-fé não encontra referência constitucional expressa, sublinha-se que é um princípio que possui fonte constitucional, pois deriva da cláusula da solidariedade prevista do artigo 3º da Carta⁶⁰. Anote-se, nesse contexto, que a falta de referência expressa “não lhe retira a importância sistêmica e eficácia legal”⁶¹, uma vez que os princípios jurídicos podem ser expressos ou implícitos⁶², não sendo mais importantes aqueles do que estes.

Deste modo, não é possível afirmar que a boa-fé surge no cenário jurídico brasileiro com o Código de Defesa do Consumidor ou que é a apenas a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 que passa a ser um princípio aplicável a todos os contratos, paritários ou não⁶³. Isso porque todas as relações obrigacionais foram recepcionadas e redesenhadas pela Constituição de 1988, renovadas pelo seu aspecto solidarista que, funcionalizando a iniciativa privada à justiça social, impõe a observância, em todas as relações obrigacionais, dos princípios da boa-fé e da função social. É inegável, ainda, nessa linha, a ligação existente entre o princípio da boa-fé e a justiça contratual.

⁵⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. p. 144 (grifado no original).

⁶⁰ Nesse sentido, o entendimento de NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 128. Diferentemente, NEGREIROS considera que a boa-fé está conectada à cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana, concluindo que “a perspectiva civil-constitucional configura o dever de boa-fé como uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana” (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 282). Em obra posterior, a mesma autora afirma que “a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesmo fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 117).

⁶¹ Nesse sentido, NALIN, Paulo. *Do Contrato*. p. 128.

⁶² DWORKIN, Ronald. *Talking rights seriously*. p. 26.

⁶³ Nesse sentido a afirmação de NEGREIROS em: NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-Fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221 – 253 p. 222 – 223. Ainda, refrere LARENZ que “alguns desses princípios, como o da boa-fé, são acolhidos pelo Direito escrito na forma de cláusula geral, mas não devem a sua validade primariamente a esta recepção” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Trad. de José de Souza Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 569).

4.2.1. A Boa-fé Subjetiva

O sentido subjetivo da boa-fé é aquele adotado pelos sistemas clássicos do Direito Privado, principalmente devido à influência exercida pelo Código Civil francês de 1804, estando em consonância com a lógica de um sistema voluntarista e individualista. Nas esclarecedoras palavras de MARTINS-COSTA,

a boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc).⁶⁴

Nessa esteira, a boa-fé subjetiva pode ser entendida como um estado de ignorância, no qual a pessoa envolvida em uma relação jurídica crê, com base na aparência da situação, que sua conduta é correta e em conformidade com o Direito⁶⁵. Há necessidade, portanto, de se avaliar o elemento interno, pois há um estado psicológico ou de consciência da pessoa envolvida na relação jurídica que deve ser considerado⁶⁶.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 411-412.

⁶⁵ MENEZES CORDEIRO observa que a definição da boa-fé subjetiva não é tarefa simples, pois o Código Civil português, por exemplo, traz nada menos que sete definições, resumidas às seguintes associações: “por quatro vezes, o Código assimila a boa ou a má fé a estados simples de ignorância ou de conhecimento, por parte do sujeito; por duas, a boa fé é ligada ao desconhecimento sem culpa ou à ignorância desculpável; por uma, a má-fé corresponde à consciência de certo prejuízo” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 409). A doutrina brasileira, contudo, em geral, converge no entendimento de que a boa-fé subjetiva assemelha-se a um estado de ignorância. Assim, de acordo com GODOY, a boa-fé subjetiva pode ser entendida como “um estado psicológico, um estado anímico de ignorância da antijuricidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 72). No mesmo sentido, SAMPAIO entende-a como “um estado de ignorância” (SAMPALIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri - SP: Manole, 2004. p.26). NORONHA especifica que esta ignorância recai “sobre as características da situação jurídica que se apresenta” e é suscetível de conduzir à lesão de direitos de outrem (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 132). MARTINS-COSTA, em outra passagem, afirma que “a boa fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 412). Existe, portanto, a necessidade de se avaliar o elemento interno, pois há um estado psicológico ou de consciência do manifestante da vontade que deve ser considerado: o sujeito crê que seu modo de agir é correto, tendo em vista o grau de conhecimento que possui acerca da situação. Não será abordada a discussão acerca das teorias psicológica e ética da boa-fé subjetiva, uma vez que o presente trabalho tem por finalidade precípua a análise da boa-fé objetiva. Contudo, apenas para não passar *in albis*: para a concepção psicológica, basta a simples ignorância do interessado sobre a real situação que tem diante de si; deste modo a mera culpa não afeta a boa-fé da pessoa, sendo necessário o dolo para dizer que a pessoa está obrando de má-fé. O entendimento ético da boa-fé – que é atualmente predominante – exige que o estado de ignorância seja desculpável, sendo que seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado os deveres usuais de cuidado. O principal argumento a favor desta última concepção é de que “o negligente e o impulsivo não podem ficar em situação mais vantajosa ou mesmo igual à do avisado e do prudente” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 132 – 136).

⁶⁶ É interessante conferir a distinção entre boa-fé e bons costumes apresentada por LARENZ: “*las últimas [bons costumes] se refieren únicamente a las exigencias mínimas que se derivan naturalmente de la condición social del*

Oposta à boa-fé subjetiva está a má-fé, a qual, sinteticamente, pode ser entendida como intenção de prejudicar outrem, analisada, também, desde um ponto de vista subjetivo.

Essa foi a vertente da boa-fé que orientou, em geral, o Código Civil de 1916, essencialmente amarrado ao voluntarismo e ao individualismo marcantes da teoria clássica do Direito Civil. Assim, a boa-fé subjetiva podia ser encontrada em diversos dispositivos do Código de 1916⁶⁷, principalmente no tocante aos Direitos Reais. Neste diploma, manteve-se, no âmbito contratual, a orientação liberal, oferecendo ao contrato natureza eminentemente consensual e pautando-o pelos princípios da liberdade e igualdade formais. Assim, quando invocada nessa seara, a boa-fé assumia o significado de vinculação ao contrato “nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado”⁶⁸.

Tal como o Código Civil anterior, o Código de 2002 contém numerosas referências expressas à boa-fé na sua vertente subjetiva⁶⁹, principalmente no tocante aos Direitos Reais e ao Direito de Família. Contudo, não é nesse sentido que a boa-fé tem sido constantemente lembrada como elemento de renovação do Direito Civil brasileiro. É à boa-fé objetiva que se atribui as transformações teóricas e práticas experimentadas pelo direito contratual, entendida, nesse sentido, como “*topos* subversivo do direito obrigacional”⁷⁰. De fato, a insegurança que norteia a investigação da boa-fé subjetiva – dado que sua análise depende de um elemento psicológico, interno ao agente – revelou sua insuficiência para atender satisfatoriamente às demandas da complexa sociedade contemporânea. Nessa linha, constata NALIN que

exige a atual conjuntura dos contratos uma manifestação desprendida de subjetivismo, em que possam os contratantes, independentemente do pólo contratual que ocupem (credor ou devedor), ou da fase de execução da obrigação em análise, atingirem a plena satisfação de seus interesses econômicos. Não é dada a possibilidade de frustração das legítimas expectativas contratuais formuladas na esfera jurídica de qualquer dos contratantes, devendo, ambos, proceder (conduta objetiva) comportamentalmente de boa-fé.⁷¹

hombre y exigen su observancia en cualquier situación, mientras los requisitos de la buena fe sobrepasan esa medida, precisamente porque presuponen una vinculación especial y una determinada confianza de las personas que intervienen” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. p. 145. Grifado no original).

⁶⁷ A boa-fé subjetiva pode ser encontrada, no Código Civil de 1916, entre outros dispositivos, nos arts. 490 e 491 (posse de boa-fé); arts. 550, 551 e 618 (aquisição pela usucapião); art. 935 (pagamento a credor putativo); art. 1.072 (cessionario de boa-fé) e art. 1.221 (efeitos do casamento putativo).

⁶⁸ MARTINS- COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 412.

⁶⁹ Entre outros, pode-se citar os artigos 167, §2º (direitos de terceiros de boa-fé em face de negócio jurídico simulado); art. 286 (cessionario de boa-fé); art. 637 (venda de objeto depositado); art. 686 (mandato); art. 814 (terceiro de boa-fé); arts. 1214 e 1217 (possuidor de boa-fé); art. 1238 (usucapião); 1268 (adquirente de boa-fé) e 1561 (casamento putativo).

⁷⁰ A expressão é de MARTINS- COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 409.

⁷¹ NALIN, Paulo. *Ética e boa fé no adimplemento contratual*. p. 195.

Assim, de um lado, certamente não parece ser possível defender que a boa-fé subjetiva não tenha, também, grande relevo em matéria contratual; basta atentar para as situações nas quais o Direito oferece tutela à aparência jurídica com fundamento na boa-fé subjetiva⁷². Porém, atualmente, no espaço antes ocupado exclusivamente pela boa-fé subjetiva, emerge a vertente objetiva da boa-fé, sendo este o viés privilegiado no âmbito contratual.

4.2.2. A Boa-fé Objetiva

A boa-fé aplicável aos contratos surge no sentido de uma regra de conduta, diferenciando-se da vertente subjetiva por consistir num dever de conduta contratual ativo, e não um mero estado psicológico das partes contratantes. Assim, para além do elemento interno ou subjetivo do agente, o qual julga estar agindo corretamente e conforme a boa-fé, exige-se a agregação de um elemento exterior, permitindo verificar, desde o comportamento exteriorizado pela parte, que está atuando de modo leal e cooperativo, consoante imposto pela boa-fé. Acerca da distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, elucidadoras as palavras de NEGREIROS:

ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.⁷³

É importante frisar tal distinção no sistema jurídico brasileiro, pois a ausência de diferenciação em nível ortográfico ou semântico⁷⁴ não deve ocultar a ambivalência da boa-fé, a qual é reconhecida pela doutrina majoritária⁷⁵.

⁷² Cite-se, exemplificativamente, nesse sentido, o artigo 686 do Código Civil vigente, o qual dispõe que “a revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a de boa-fé com ele trataram (...)”. Nesse contexto, interessante a explicação de NORONHA, segundo o qual a tutela da aparência jurídica exige, como pressupostos, (i) a existência de uma situação de fato externa, geradora de situação de aparência; (ii) a confiança legítima do interessado (fundamentando a sua boa-fé) e (iii) a imputabilidade objetiva da situação ao prejudicado. (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 144).

⁷³ NEGREIROS, Teresa. *O Princípio da Boa-Fé Contratual*. p. 227.

⁷⁴ Diferentemente, no Direito alemão, as vertentes objetiva e subjetiva da boa-fé são representadas por expressões distintas: *Guter Glaube* refere-se à boa-fé subjetiva, enquanto *Treu und Glauben* refere-se à dimensão objetiva da boa-fé. É justamente partindo da doutrina alemã que NORONHA afirma que a boa-fé objetiva também pode ser denominada *boa-fé confiança ou boa-fé lealdade*, pois, com explica, do alemão *Treu* significa

Assim, ressaltando o aspecto exterior, a boa-fé objetiva pode ser entendida como uma regra de conduta que impõe uma atuação diligente e leal das partes contratantes, cuja aferição se dá no exame das relações concretas. Nesse sentido, entende NORONHA que a boa-fé é uma “regra de conduta, é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para (...) não frustrar a confiança legítima da outra parte”⁷⁶. Também MARTINS-COSTA entende “a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”⁷⁷. Explica NALIN, na mesma linha, que “o esperado padrão de conduta do exequente da prestação contratual passa pelas variantes da lealdade e cooperação”⁷⁸: a lealdade refere-se à obrigação de informação, abrangendo a eficácia pós-contratual das relações na medida em que exige a manutenção de alguns laços para além da execução do contrato; já a cooperação exige de ambos os contratantes um dever de solidariedade para que o cumprimento da obrigação se dê com base nos critérios e limites ditados pela boa-fé e costumes⁷⁹. Destarte, a boa-fé é uma norma de comportamento leal que se reveste de variadas formas de concreção, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.

Outro critério bastante utilizado pela doutrina brasileira é a referência a padrões de conduta socialmente aceitáveis ou desejáveis, mencionando-se, em alguns casos, a figura paradigmática e abstrata do *bonus pater familias*. Nesse sentido, destaca-se a definição apresentada por MARTINS-COSTA, para quem a boa-fé objetiva quer significar um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade

lealdade e *Glauben*, confiança, ou “boa crença” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 139).

⁷⁵ A esse respeito, no atual estágio de desenvolvimento doutrinário sobre o tema, parece salutar a manutenção dessa bipartição da boa-fé, pois, como adverte NEGREIROS, “a unificação das vertentes subjetiva e objetiva da boa-fé acaba por elevar ainda mais o nível de abstração” (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 16). Tal entendimento, contudo, não é pacífico, havendo quem defenda que é inútil a distinção semântica referida. Cita-se, nesse sentido, a título de exemplo, a posição de RODOTÁ, segundo o qual “*potrebbe rilevarsi, inoltre, la scarsa rilevanza di una distinzione fondata sul ricorso ai termini soggettivo ed oggettivo, inidonei a fornire un chiarimento definitivo sui diversi criteri che fondano i riferimenti normativi alla buona fede; si che di recente, e non a torto, si è piuttosto sottolineata la loro comunanza proprio nel generale riferimento ad un dover agire correttamente*” (RODOTÁ, Stefano. *Le fonti di Integrazione del Contratto*. Giuffrè: Milano, 1969, p. 146 *apud* NEGREIROS, *idem*, p. 16).

⁷⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 136.

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 412.

⁷⁸ NALIN, Paulo. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. p. 197.

⁷⁹ Assim explica NALIN, Paulo. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. p. 197-198, com base nas lições de B. STARK.

lealdade e probidade”⁸⁰. Quanto a esse modelo de conduta descrito, a autora afirma que “levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo”⁸¹. Também NORONHA, no que concerne aos padrões de conduta exigidos da boa-fé, refere-se à noção do *bonus pater familias*, afirmando que os padrões socialmente recomendados dizem respeito ao comportamento exigido “do bom cidadão, do profissional competente, de um modelo abstrato de pessoa razoavelmente diligente”⁸². Já para LIMA MARQUES essa regra de conduta imposta pela boa-fé objetiva significa

uma atuação refletida, um atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes⁸³.

De fato, um dos deveres decorrentes da boa-fé é a consideração da situação da contraparte, impondo que se verifique, em cada caso concreto, se estavam reunidas as condições para criar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado. Obrando dessa maneira, as partes criam um clima de confiança recíproca, benéfica para o bom desenvolvimento da relação pactuada⁸⁴, de modo a permitir que o contrato alcance seus objetivos sócio-econômicos. Portanto, não se trata de centrar a atenção apenas na intenção das partes, mas também na situação concreta apresentada na relação para que o fim social e econômico do contrato seja alcançado.

Certamente, esses conceitos apresentam orientações que podem auxiliar na compreensão do sentido e da operacionalidade da boa-fé no sistema jurídico, porém não são suficientes, por si só, para oferecer todos os critérios necessários para a concreta valoração do comportamento dos agentes nos casos concretos. Isso porque, aparecendo na forma de uma cláusula geral, a boa-fé reveste-se de variadas formas de concreção, exigindo uma avaliação consoante as circunstâncias de cada caso concreto. Essa característica multiforme é apontada

⁸⁰ MARTINS- COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 411.

⁸¹ MARTINS- COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 411.

⁸² NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 138.

⁸³ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 181-182.

⁸⁴ É justamente a confiança que é identificada por NORONHA como o elemento comum entre a boa-fé objetiva e a subjetiva. Porém, “enquanto na boa-fé subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se a de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta socialmente exigíveis”. Assim, em ambas existiria um elemento subjetivo, caracterizado pela confiança de quem acreditou em algo, “mas só na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 136).

pela doutrina ora como critério que dificulta a aplicação concreta da boa-fé, ora como elemento que oferece interessantes aberturas sistemáticas para que se considere as circunstâncias presentes conforme o lugar, o tempo e o modo no qual a obrigação se desenvolveu. Neste sentido, explica MARTINS-COSTA que

não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Mas é, incontrovertidamente, regra de caráter marcadamente técnico jurídico, [...] advindo sua juridicidade do fato de remeter e submeter a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema⁸⁵.

Deste modo, imprescindível considerar, na aplicação da boa-fé, que esta consiste em uma cláusula geral e, portanto, possui um conteúdo aberto e variável, o qual deve ser aferido em vista de cada caso concreto, fugindo, deste modo, à clássica aplicação subsuntiva das normas de Direito Civil. É nessa linha que se entende que a conceituação fechada da boa-fé contratual não se mostra adequada, devendo a doutrina se restringir à orientação dos critérios nucleares da referida cláusula geral, deixando aberta a possibilidade de sua concreta valoração consoante as peculiares de cada caso concreto.

Outrossim, anote-se que a boa-fé objetiva não se contrapõe à má-fé, mas simplesmente à ausência de boa-fé, pois a parte infringirá a boa-fé “sempre que não proceder em conformidade com tais deveres, qualquer que seja o motivo da desconformidade: pode ser uma atitude dolosa, uma situação meramente culposa, ou até um estado de ignorância não culposa”⁸⁶. Portanto, a violação da boa-fé objetiva decorre de uma atuação em descompasso com os padrões de conduta exigíveis, mesmo sem dolo ou culpa. É certo, por outro lado, que se uma pessoa tinha o dever de agir conforme determinados padrões de conduta, também tinha o dever de os conhecer e, portanto, dificilmente se conceberá uma situação de violação desse dever que não seja atribuível, ao menos, à negligência⁸⁷. Importa ressaltar, assim, que a inobservância da boa-fé nem sempre será um ato considerado ilícito; mesmo lícito pode fazer surgir a responsabilidade.

Essas considerações denotam que não há, na prática, uma separação estanque entre os critérios subjetivo e objetivo. Assim, destaca NALIN que é inconcebível “uma boa-fé objetiva destituída de intencionalidade e, logo, da crença (psicológica) de que se está

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 412-413.

⁸⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 139.

⁸⁷ A consideração é de NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 139.

procedendo conforme a ética, sem violar o interesse alheio e a ordem jurídica”⁸⁸. Por conseguinte, conclui-se que ambas as dimensões da boa-fé não são excludentes; elas coexistem, embora o texto legal, por vezes, empregue a expressão “conforme a boa-fé” indicando um comportamento a ser observado pelos contratantes⁸⁹.

No Código Civil 2002, a boa-fé objetiva foi consagrada ao menos em três dispositivos, os quais apresentam importantes inovações na legislação brasileira ao contemplarem a boa-fé como norma de conduta:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Importa destacar, portanto, que a boa-fé objetiva não aparece no Código Civil como um critério conjuntural, mas como regra que incide sempre, sendo fonte de deveres e parâmetro interpretativo ou limitativo destinado a conformar todas as fases de uma relação contratual. É este, pois, o sentido da boa-fé que será analisado neste estudo.

4.3. APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Consoante já mencionado, a doutrina, em geral, costuma incluir a boa-fé entre os princípios informadores da ordem contratual hodierna, a despeito de sua atual previsão no Código na forma de uma cláusula geral. Nesse sentido, reprisa-se que a boa-fé contratual estava presente no ordenamento jurídico brasileiro mesmo antes de sua menção no Código Civil de 2002. E, de fato, como no Código Civil anterior não constava referência abrangente à boa-fé objetiva na seara obrigacional, a doutrina e a jurisprudência, de forma praticamente unânime, enquadravam-na como princípio, por evidenciar as características deste. Assim sendo, apontava-se a boa-fé como fonte de abertura para incorporação de um valor ao sistema jurídico, já que dotada de grande amplitude semântica e grau de abstração superior ao das regras. Além

⁸⁸ NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. Curitiba, 2003. 45 f. Ensaio doutrinário. Centro de Ciências Jurídicas. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. p. 27.

⁸⁹ NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. p. 27.

disso, cogitava-se acerca de sua aplicação a todas as relações nas quais se vislumbrasse um vínculo entre pessoas, assumindo, neste sentido, foros de princípio geral do Direito.

Não obstante sua previsão, atualmente, na forma de cláusula geral, a doutrina continua a identificá-la como princípio. Assim, MARTINS afirma, claramente, que “a boa-fé objetiva é um princípio jurídico”⁹⁰. No mesmo sentido, Fernando Noronha, Laerte Sampaio, Jorge Silva, Teresa Negreiros e Orlando Gomes⁹¹, apenas para citar alguns dos juristas pátrios que adotam esse entendimento.

Portanto, mesmo antes de sua formulação no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil, a boa-fé já era reconhecida pela comunidade jurídica como um princípio do Direito Obrigacional, entendendo-se que a sua configuração principiológica não é essencialmente modificada pela sua previsão na forma de uma cláusula geral, “haja vista que a cláusula geral da boa-fé é uma expressão legislativa do princípio da boa-fé”⁹². De fato, a exemplo do §242 do BGB, bastante semelhante ao artigo 422 do Código Civil brasileiro, a cláusula geral da boa-fé contratual remete ao princípio da boa-fé, até porque, antes mesmo de ser expressa como cláusula geral, a boa-fé já existia como princípio, o que não foi eliminado com o advento do Código Civil de 2002. Destarte, não se vê maiores problemas em continuar a denominar a boa-fé contratual de princípio⁹³, sequer em incluí-la dentre os princípios informadores do contrato contemporâneo, o que, ao contrário, considera-se adequado⁹⁴.

Contudo, reconhecendo-se a amplitude que a cláusula geral da boa-fé comporta, os conceitos apresentados não são capazes de exaurir seu conteúdo. Com efeito, a tarefa doutrinária de explicitação do conteúdo da boa-fé trabalha na orientação do seu sentido e limites, mas jamais conseguirá apresentar-se de forma a precisar, exaustivamente, as hipóteses fáticas nas quais a boa-fé incide, seus comandos e conseqüências. Essa vagueza, longe de ser um ponto criticável da previsão constante no Código, é adequada ao atual momento vivido

⁹⁰ MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2001. p. 12.

⁹¹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 129; SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004. p. 27; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 36; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 87; GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 43.

⁹² Nessa linha, NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 87.

⁹³ Acerca da distinção entre cláusula geral e princípio, ver a seção 3.3 do Capítulo III, *infra*.

⁹⁴ No mesmo sentido, já se citou a doutrina de NEGREIROS. Acrescente-se, também, o entendimento de MARTINS-COSTA, para quem a cláusula geral da boa-fé “contém um princípio” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 398). NALIN, semelhantemente, conclui que a boa-fé é um princípio geral do Direito, “hoje, casuisticamente estabilizado no texto do Código Civil” (NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. p. 26).

pela sociedade, no qual a complexidade é crescente e as transformações, rápidas, de modo que não se pode pretender prever hipotética e abstratamente todas as situações fáticas e suas consequências em rígidas regras jurídicas. Assim, a abertura oferecida pela cláusula geral é salutar para conferir mobilidade ao sistema e possibilidade de adequação às cambiantes demandas sociais e peculiaridades de cada caso concreto⁹⁵.

Para que a aplicação da cláusula geral, entretanto, não se transforme em arbitrariedade é necessário que seja adequadamente fundamentada, não sendo possível aplicar o clássico esquema da subsunção. Nesse sentido, explica MENEZES CORDEIRO:

a boa-fé objectiva não comporta uma interpretação-aplicação clássica. (...) A disposição que remeta para a boa-fé não tem, ela própria, um critério de decisão: a interpretação tradicional de tal preceito não conduz a nada. Na sua aplicação, o processo subsuntivo torna-se impossível. (...) A boa-fé é entendida como do domínio do Direito jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz.⁹⁶

A correta fundamentação de uma decisão tomada com base na cláusula geral da boa-fé não está, por conseguinte, na mera referência ao artigo 422 do Código Civil, ou seja, “não haverá fundamentação válida do *decisum* se o juiz simplesmente se referir ao mencionado artigo de lei, concluindo pela inobservância da boa-fé”⁹⁷. Há, diferentemente, necessidade de apresentar uma fundamentação adequada que atenda ao disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição, de modo que se requer uma atuação do julgador com vistas às peculiaridades do caso concreto apresentado e aos valores e princípios reconhecidos pelo sistema. De fato, a fundamentação da decisão tomada com base na cláusula geral da boa-fé deve ser buscada no sistema como um todo, destacando-se o papel da Constituição como matriz de elementos axiológicos que podem ser utilizados para alicerçar legitimamente o *decisum*.

⁹⁵ Na mesma linha, WAMBIER ressalta que “a indeterminação dos conceitos não é, pois, um defeito da linguagem, mas uma *característica*, que tem funções positivas nitidamente ligadas às necessidades das sociedades dos nossos dias” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002*. p. 61. Grifado no original).

⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 42 - 43. Ressaltando a impossibilidade de aplicação da boa-fé objetiva de forma subsuntiva, vale mencionar, também, as advertências de MARTINS-COSTA: “Não é possível, por exemplo, definir de modo abstrato e geral a boa-fé objetiva – expressão que abriga variados significados, desenhando normativa proteiforme e multifuncional – embora seja mais do que tudo necessário não dissolvê-la numa vagueza semântica que, por querer tudo significar, acaba ou por ser redundante ou por esvaziar-se de qualquer conteúdo próprio. Não é possível submeter a boa-fé a uma plana subsunção, sempre igual em todas as suas manifestações. Porém, ao mesmo tempo, não se pode utilizá-la como uma panacéia para todos os males da realidade (o que, na verdade, só serve para mal-disfarçar o voluntarismo interpretativo). Não é possível, por fim, considerar – nos sistemas jurídicos fundados na tripartição dos poderes e funções estatais – que a boa-fé objetiva serve para *substituir* a lei: ela serve para integrá-la, apontando a uma perspectiva substancial, e não meramente formal, do ordenamento” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro: 2003. p. 229 - 279. p. 230-231).

⁹⁷ NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de inexistência do negócio jurídico*. p. 39.

Importante destacar, ainda, nesse contexto, a insuficiência de remissões à figura do homem médio ou do bom pai de família como parâmetros para a interpretação do comportamento contratual das partes⁹⁸. NALIN adverte, nessa linha, que a aplicação da boa-fé objetiva que tome tais referências como balizas será certamente uma aplicação subjetiva. Isso porque o *standard* do *bonus pater familias* é de origem indiscutivelmente européia, “o que, numa primeira análise, focada a realidade latino-americana, pode se mostrar artificial, descompromissando o Poder Judiciário da investigação material das desigualdades sociais”⁹⁹.

Na explicação de Ana PRATA, o *bonus pater familias* poderia ser entendido como “ponto de referência da diligência exigível na conduta paradigma do cidadão médio, razoavelmente cuidadoso, atento, empenhado, qualificado e hábil”¹⁰⁰. Contudo, em decorrência da complexidade social e da disparidade de condições existentes entre os membros de uma sociedade qualquer, é efetivamente difícil imaginar, abstratamente, quais seriam as condutas que deveriam ser observadas pelo *bonus pater familias* diante de cada situação fática que pode surgir. E, se mesmo nos países mais desenvolvidos, nos quais as desigualdades são menores e as condições de vida e o acesso às informações, melhores não é tarefa simples a descrição das características do homem médio, no Brasil poder-se-ia dizer que é quase impossível se chegar a uma conclusão sobre quais seriam, abstratamente, as características do homem médio e, logo, os padrões de conduta daí retirados. É preciso considerar, nesse mister, que o Brasil é um país de dimensões continentais, permeado por profunda desigualdade social, os quais são fatores que não podem ser desconsiderados; antes, devem fazer parte do conjunto de características que orientam o juiz na fixação do conteúdo da boa-fé para cada caso concreto. Nesse sentido, vale mencionar as considerações tecidas por Paulo NALIN:

Mas o homem médio da sociedade brasileira, certamente, não é o mesmo sujeito descrito pelo sistema germânico e, tampouco, o concebido pelo *common Law*, que pode inclusive, naqueles países do Primeiro Mundo, ser fruto da mesma classe social do julgador. Nosso homem médio, por outro lado, é um sujeito inidentificável, ante as flagrantes distorções de um sistema econômico que nos lança no rol dos países com a pior distribuição de renda do mundo.

Construir uma categoria jurídica que se propõe a avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do *bonus pater familias*, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual

⁹⁸ Como já mencionado em seção anterior, o recurso a tais figuras no momento da conceituação da boa-fé objetiva é freqüente e aparece na doutrina nacional mais abalizada. Nesse sentido, já foram mencionadas as definições apresentadas por Cláudia LIMA MARQUES, Fernando NORONHA e Judith MARTINS-COSTA, no item 4.2.2, deste mesmo capítulo.

⁹⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 131.

¹⁰⁰ BONUS PATER FAMILIAS In PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p. 79.

seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação sócio-cultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz”.¹⁰¹

Efetivamente, a avaliação da boa-fé contratual não se exaure em considerações subjetivas, de modo que os parâmetros do homem médio e do *bonus pater familias* não são suficientes para balizar sua aplicação concreta. Tampouco o são as referências à lealdade e à cooperação, pois ainda são critérios frágeis para a interpretação do conteúdo da boa-fé e avaliação da conduta das partes no caso concreto. É certo que essas referências são importantes orientações do sentido que assume a boa-fé no liame obrigacional, mas não se pode deixar de considerar que a boa-fé vem prevista no Código Civil na forma de uma cláusula geral, demandando um tipo característico de aplicação pautada tanto nas circunstâncias de cada caso concreto, quanto nas orientações oferecidas pelo sistema jurídico no qual está inserida. É nessa esteira que a doutrina defende que o conteúdo da boa-fé deve ser construído para cada caso concreto, com base no sentido que assume contextualmente no sistema jurídico e em face das situações fáticas presentes.

Nesse sentido, entende-se que o operador do Direito poderia cindir a sua avaliação em três etapas, certamente não estanques: primeiramente, é preciso analisar o caso concreto, suas características, peculiaridades, levando-se em consideração todos os elementos do contrato em questão¹⁰²; posteriormente, de acordo com a realidade do fato apresentado, é preciso definir, tomando por base o sentido da cláusula geral da boa-fé e os valores e princípios consagrados pelo sistema jurídico, a norma de conduta que seria exigível para aquele caso; somente após esse trabalho será possível avaliar se a conduta efetivamente realizada condiz com aquela que a boa-fé exigia. Por conseguinte, a fundamentação da decisão será dada a partir da explicitação, pelo julgador, de todo esse processo desenvolvido para alcançar a conclusão apresentada, ressaltando o importante papel do intérprete nesse processo.

Ademais, não se pode olvidar a importância da consideração do sistema jurídico como um todo para a aplicação da boa-fé aos casos concretos, ressaltando-se a orientação oferecida pelos princípios reitores adotados pelo ordenamento brasileiro, assentados na Constituição. Nessa linha, ressalta AGUIAR Junior que “a boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República), numa

¹⁰¹ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 131.

¹⁰² Refere-se aqui, especialmente, ao objeto do contrato e às partes, bem como às condições que envolvem o contrato, seja no que se refere aos dois elementos mencionados, seja com relação ao local e ao tempo nos quais foi celebrado.

tentativa de ‘concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema’”¹⁰³. No mesmo sentido, vale sublinhar, também, as considerações de NEGREIROS, que, considerando que a boa-fé é um princípio aplicável ao Direito das Obrigações e tomando os princípios constitucionais como conexões, axiológicas e teleológicas entre a Constituição e a legislação infraconstitucional, entende que “ao mesmo tempo que a conformação da boa-fé aos princípios constitucionais constitui um recurso para a sua concreção jurídica, o princípio, como tal, é ele mesmo instrumento de uma interpretação constitucionalizada das relações interprivadas, de natureza patrimonial sobre as quais incide”¹⁰⁴.

Certamente, ao lado dessas diretrizes, ainda é possível buscar auxílio na fixação do conteúdo da boa-fé em referências como precedentes, opiniões doutrinárias consolidadas, Direito comparado, usos e costumes do tráfego jurídico, embora sempre com o devido cuidado, ao importar soluções, quanto aos elementos caracterizadores de cada caso concreto, bem como à configuração de cada sistema jurídico¹⁰⁵. Importante, nessa linha, observar que “constituindo uma norma em aberto, ela é, não obstante, uma norma, com conteúdo material próprio e uma base de valoração a que o intérprete aplicador está vinculado”¹⁰⁶.

Impossível, por conseguinte, apresentar uma definição rígida ou arrolar *a priori* o conteúdo da boa-fé objetiva, dado que sua avaliação é essencialmente tópica. Por outro lado, considera-se que nem seria desejável uma apresentação fechada ou exaustiva da boa-fé, pois acabaria por reduzir seu papel, amarrando e eliminando a flexibilidade de um sistema que pretende ser aberto. Importante, portanto, que a doutrina e jurisprudência atuem explicitando o sentido e alcance que a referida cláusula geral possui no sistema, sem, contudo, eliminar seu caráter aberto.

¹⁰³ AGUIAR Junior, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. p. 24.

¹⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 138.

¹⁰⁵ É nesse sentido que MARTINS-COSTA entende que a previsão da cláusula geral da boa-fé no Código Civil possui uma função ressystematizadora, pois o conjunto de referências à boa-fé nas decisões jurisdicionais pode ser agrupada consoante as situações fáticas e as respectivas respostas jurídicas oferecidas, configurando grupos de casos típicos que auxiliariam na complexa tarefa de aplicação da boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 369).

¹⁰⁶ SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Programa de Pós-Graduação em Direito. n. 42. Curitiba, 2005. p. 05 – 34. p. 05.

4.4. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA

A cláusula geral prevista no artigo 422 do Código Civil brasileiro impõe às partes contratantes a obrigação de proceder de boa-fé na conclusão e na execução do contrato. Essa fórmula sintética, contudo, não pode servir para encobrir a complexidade intra-obrigacional e o real âmbito de incidência da boa-fé objetiva. A rigor, o reconhecimento do caráter complexo da relação obrigacional e da pluralidade dos deveres que a integram põe em evidência a utilização da boa-fé objetiva na seara obrigacional.

Na doutrina clássica, o conceito de obrigação é retirado da observação de que ao dever de prestar, que compete ao sujeito passivo, corresponde um dever de pretender ou exigir ao sujeito ativo. É um conceito sintético que apresenta as características nucleares da obrigação e que, por si só, não traz qualquer desacerto¹⁰⁷. De fato, qualquer obrigação considerada em termos bastante resumidos, reúne tais elementos. Contudo, é uma definição por demais reduzida, escondendo o fato de que, na realidade concreta, a relação obrigacional implica ao credor e ao devedor uma situação jurídica complexa.

Portanto, embora ainda hoje seja bastante difundida a tendência de explicar a relação de uma forma unitária, singular, sublinhado a prevalência da situação de crédito sobre aquela do débito, essa concepção deve ser abandonada em favor da posição doutrinária que reconhece a complexidade e a dinamicidade da relação obrigacional¹⁰⁸. Assim, se o sentido clássico de obrigação quer designar apenas um crédito e a respectiva dívida, a acepção contemporânea expressa um conjunto de vínculos emergentes da mesma relação jurídica¹⁰⁹.

¹⁰⁷ O conceito clássico de obrigação parte da concepção de relação jurídica difundida no Oitocentos segundo a qual “dado um fato jurídico, nascem relações jurídicas, que se estruturam com dois ou mais ‘sujeitos’, um ‘objeto’, um ‘vínculo’ e um conjunto de regras que servem para estabelecer a ‘garantia’ (jurídica) à relação” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 56). Essa definição evidencia os elementos de cada relação jurídica: sujeito, objeto, vínculo e garantia. Transposto este conceito ao Direito Obrigacional, poder-se-ia entender a obrigação como toda relação jurídica que tenha um objeto específico: a prestação, a qual pode ser entendida como “a atividade ou a conduta, positiva ou negativa, a que o devedor está adstrito frente ao credor e cuja realização representa o principal objeto da obrigação” (*Idem*, p. 57). É esse exercício de transposição que conduziu à concepção simplista, quanto à estrutura da relação obrigacional, segundo a qual existe apenas o vínculo entre credor e devedor, que se traduz “no poder de o primeiro exigir uma prestação que o segundo tem o dever de realizar” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 157).

¹⁰⁸ Nesse sentido, PERLINGIERI indica a necessidade de uma concepção dinâmica de obrigação, “*puntando non su una sua esposizione statica, con la pretesa di fotografarla, ma filmandola: cogliendo nel movimento le sue vicende semplici e complesse nelle quali si sostanzia, in un continuo di atti prevedibili ed imprevedibili, delle parte interessati o di terzi, volti o no all’attuazione del rapporto*” (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. p. 417).

¹⁰⁹ Ressalta MARTINS-COSTA que foi a doutrina dualista que teve o mérito de chamar a atenção para a complexidade analítica da relação obrigacional, ao observar que esta não poderia ser reduzida a um simples vínculo entre crédito e débito. Assim, uma das grandes evoluções, nesse tema, partiu da doutrina alemã, com a concepção de uma teoria mista que visualizou a existência de uma “distinção analítica entre a dívida (*Schuld*) e a garantia (*Haftung*) conferida ao seu cumprimento” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de

Tomando por base uma compreensão globalizante da obrigação, ALMEIDA COSTA explica que a obrigação é composta por “deveres de prestação – tanto os deveres principais de prestação, como os deveres secundários –, os deveres laterais (*Nebenpflichten*), além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas etc.”¹¹⁰. Todos esses elementos se juntam para explicitar o conteúdo da obrigação, a qual tem reconhecida, assim, uma estrutura complexa.

Quanto aos elementos identificados na concepção complexa de relação obrigacional, certamente o que avulta são os deveres principais ou primários de prestação, os quais constituem o núcleo da relação obrigacional e servem para definir o próprio tipo do contrato, em se tratando de uma relação desta natureza. Assim é, por exemplo, na compra e venda, o dever de entrega da coisa por parte do vendedor e do pagamento do preço por parte do comprador. Há, também, os deveres secundários de prestação, que podem ser de duas espécies: os deveres secundários acessórios da obrigação principal, os quais servem para preparar o cumprimento ou assegurar a realização da prestação principal (como, por exemplo, na compra e venda, o dever de conservar ou embalar adequadamente a coisa vendida), e os deveres secundários como prestação autônoma. Estes deveres podem ser prestações sucedâneas do dever primário de prestação ou coexistir com a prestação principal (seriam exemplos, respectivamente, a obrigação de indenizar por perdas e danos em caso de inadimplemento culposos da obrigação e a indenização por mora)¹¹¹.

Esses deveres, contudo, não esgotam a complexidade da relação obrigacional, havendo, ainda, os *deveres laterais*, fundados, preponderantemente, no dever geral de agir em conformidade com a boa-fé objetiva e que se fazem presentes em todas as relações contratuais, embora sua presença seja mais intensa nas relações de trato sucessivo e duradouro¹¹². São deveres que se caracterizam por decorrer principalmente de um mesmo fundamento material-normativo: a cláusula geral da boa-fé objetiva, ainda que possam

Janeiro, Forense, 2003. p. 17). Explica a referida autora que, de acordo com tal teoria, “quando constituída a obrigação, o devedor restaria induzido ao dever de efetuar determinada prestação. Esse dever, no entanto, por si só, não permitiria ao credor exigir, coativamente, a sua execução. Esta pertenceria ao campo da *Haftung*, ou responsabilidade, pela qual a pessoa do devedor ou de terceiro ficam sujeitos à agressão patrimonial do credor em caso de inadimplemento” (*Idem, ibidem*). O grande mérito dessa teoria dualista foi chamar a atenção para a complexidade analítica da relação obrigacional, abrindo caminho para várias formulações posteriores, dentre as quais se destaca as doutrinas da relação obrigacional complexa e da obrigação como processo.

¹¹⁰ ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. 9. ed. rev. e aum. Lisboa: Almedina, 2001. P. 63.

¹¹¹ Essa classificação tomou por base as lições de ALMEIDA COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. p. 65-66, reproduzida, também, por SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. p. 69-73.

¹¹² Neste sentido, POPP, Carlyle. *A formação do negócio jurídico e os deveres laterais no novo código civil*. In *Jurisprudência brasileira 200 – Princípio da boa-fé contratual*. Curitiba: Juruá, 2003, p.43.

emergir, também, do contrato ou da lei *ad hoc*¹¹³. Têm como particularidade o fato de que podem perdurar mesmo após o adimplemento da obrigação principal, referindo-se não diretamente ao cumprimento dos deveres principais, mas “antes ao exacto processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exacta satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”¹¹⁴. Explica COUTO E SILVA que

os deveres laterais comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência.¹¹⁵

Seguindo a classificação apresentada na linha da concepção complexa da relação obrigacional, poder-se-ia citar, ainda, quanto à estrutura da obrigação, a eventual presença de direitos potestativos, ônus jurídicos, exceções e expectativas jurídicas¹¹⁶.

Com efeito, analisando-se uma obrigação na realidade fática, fica claro que ela é composta de um leque de direitos, deveres, poderes e faculdades, os quais aparecem ligados às respectivas partes e formam um conjunto de situações que não corresponde à restritiva estrutura clássica da relação obrigacional. Daí porque a concepção complexa da obrigação parece ser uma estrutura teórica mais adequada para a sua explicação. Importa ressaltar, ainda, que esses sucessivos momento não aparecem isolados ou cindidos; antes, devem ser considerados globalmente, integrados em uma estrutura com relações recíprocas.

Das propostas teóricas difundidas no Brasil que adotam esse entendimento, ressaltam as construções da obrigação complexa e da obrigação como processo. Na primeira, parte-se do entendimento já esboçado de que a obrigação não pode ser vista como um modelo unitário, mas como um conjunto interligado de relações diversas, adotando-se uma perspectiva totalizante ou globalizante. Já na noção de obrigação como processo ganha

¹¹³ Certamente, não é possível negar a correção de afirmações no sentido de que os deveres laterais podem decorrer de dispositivo de lei ou do contrato. Contudo, é possível sustentar que essas regras, consagradoras de deveres laterais, positivadas em contratos ou dispositivos legais específicos, podem ser retiradas do conteúdo normativo da boa-fé, pois tais disposições atuam como veículos desta. Assim, por exemplo, na Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), o artigo 23, IV determina que o locatário é obrigado a “levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumbia, bem como as eventuais turbações de terceiros”. Esta norma consagra deveres de informação aos contratantes, os quais são decorrentes do princípio da boa-fé. Portanto, mesmo que a cláusula fosse extirpada do sistema jurídico seria errôneo pensar que esses deveres de informação não mais existiriam na relação locatícia, pois decorreriam diretamente da boa-fé. Nesse sentido o entendimento de SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. p. 91.

¹¹⁴ ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. p. 66.

¹¹⁵ COUTO e SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 113.

¹¹⁶ Exemplo de direito potestativo seria o direito de resolução do contrato e, de exceção, a exceção de contrato não cumprido. Exemplo de expectativa jurídica é a do credor sob condição suspensiva, na pendência desta.

destaque o seu desenvolvimento temporário voltado para um fim¹¹⁷. Neste sentido, o fim sócio-econômico do contrato é considerado mais relevante do que a perfeita realização de cada um dos passos do percurso obrigacional, o que contribui para a consecução dos fins almejados pelas partes com redução do rigorismo formal no desenrolar da relação. A contribuição que se retira da doutrina da obrigação como processo é que a obrigação pode se conformar às alterações e circunstâncias apresentadas em cada caso concreto tendo em vista a realização do seu objetivo final¹¹⁸.

Ressalta-se que a complexidade da relação obrigacional não é um dado que afeta apenas a posição do devedor, alcançando, também, a do credor¹¹⁹. Isso porque, como já explicava BETTI, a relação obrigacional é uma relação de cooperação, pois possui como elemento nuclear uma prestação, positiva ou negativa, que consiste em uma conduta devida por alguém em favor de outrem¹²⁰. Assim, também PERLINGIERI explica que

*L'obbligazione non s'identifica nel diritto o nei diritti del creditore; essa si configura sempre più come un rapporto di cooperazione (...). Questo implica un mutamento radicale della prospettiva dalla quale leggere la disciplina delle obbligazioni: quest'ultima non è da considerare lo statuto del creditore; la cooperazione all'adempimento del de debitore. Anche il terzo si trova coinvolto in questo nuovo clima di collaborazione e di responsabilità ed il credito assume sempre più la fisionomia di un "bene" autonomo sul quale manifestamente insistono diritti di terzi qualificati e che terzi sono tenuti a rispettare.*¹²¹

Nesse passo, sendo a relação obrigacional uma relação de cooperação, esta cooperação não pode estar restrita à conduta dos sujeitos no tocante ao cumprimento do dever principal, mas se espraia também pelos deveres laterais que emergem da boa-fé. Trata-se de

¹¹⁷ A noção de obrigação como processo no Brasil foi especialmente trabalhada por Clóvis do COUTO e SILVA em sua já citada obra *A Obrigação como Processo*.

¹¹⁸ Na obra *A Obrigação como Processo* Clóvis do COUTO e SILVA afirma, já nas primeiras linhas que “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É seu fim” (p. 05). Faz-se mister observar, contudo, que o fim obrigacional, atualmente, é compreendido não mais unicamente em razão dos egoísticos interesses do credor. Diferentemente, deve-se considerar a realização dos interesses de todas as partes envolvidas na relação obrigacional, bem como a estrutura complexa desta, mantendo-se em vista os fins sociais e econômicos almejados.

¹¹⁹ Nesse sentido explica MENEZES CORDEIRO que “numa leitura liberal pura, o credor, titular de um direito, não incorreria em deveres ou encargos; contra ela, impôs-se a evidência de que, mercê de actuações inadequadas ou de pura passividade, o beneficiário podia dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação, deixando o devedor, para sempre, vinculado” (MENEZES CORDEIRO, Manuel Antonio da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 593).

¹²⁰ BETTI, Emilio. *Teoria Geral de las Obligaciones*. Tomo I. p. 37 - 43.

¹²¹ Em tradução livre, significa que a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; cada vez mais ela se configura como uma relação de cooperação, o que implica uma radical mudança de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta não deve ser considerada o estatuto do credor. Também o terceiro encontra-se envolvido nesse novo clima de colaboração e de responsabilidade, e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um “bem” autônomo sobre o qual, evidentemente, incidem direitos de terceiros qualificados e que terceiros são obrigados a respeitar. (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. p. 422).

uma “colaboração informada pelos valores próprios da ordem jurídico-econômica considerada”, partindo, portanto, da boa-fé o teor geral dessa colaboração¹²².

Por conseguinte, é o reconhecimento da complexidade intra-obrigacional que deve nortear a explicitação do âmbito de atuação da boa-fé objetiva. LARENZ, sistematizando o alcance desta e suas particularidades, ressalta que a boa-fé não informa apenas o comportamento do devedor, mas também do credor e, eventualmente, de terceiros:

*En primer lugar, se dirige al deudor, con el mandato de cumplir su obligación, atendiéndose no solo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma que el acreedor puede razonablemente esperar de él. En segundo lugar, se dirige al acreedor, con el mandato de ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración altruista que esta parte pueda pretender según la clase de vinculación especial existente. En tercer lugar, se dirige a todos los participantes en la relación jurídica en cuestión, con el mandato de conducirse como corresponda en general al sentido y finalidad de esta especial vinculación y a una consciencia honrada.*¹²³

Além de abranger todas as partes envolvidas na relação obrigacional, é salutar que a boa-fé seja apresentada na forma de uma cláusula geral, dado que nem as pessoas, nem a lei, podem tudo prever. Assim, em todos os contratos, a despeito do que as partes possam ter fixado no exercício da autonomia privada, sempre resta uma margem mais ou menos ampla na qual a conduta das pessoas somente pode ser determinada em face do caso concreto e a partir da boa-fé. E, tal obrigação recíproca de agir conforme a boa-fé não pode ser eliminada pelas partes a partir de um exercício ilimitado da autonomia da vontade, não sendo despiciendo ressaltar que a aplicação da boa-fé objetiva não visa enriquecer o credor ou beneficiar o mau pagador; ao contrário, é uma cláusula que tem como escopo último a promoção da justiça contratual e, deste modo, pode servir a todos os envolvidos, dependendo, sempre, das circunstâncias do caso concreto. Do mesmo modo, o conjunto de situações jurídicas que compõe uma obrigação não é, de modo algum, fixo e imutável, “podendo vir a sofrer os reflexos da ação do tempo e das circunstâncias que conformam concretamente o entorno no qual desenvolvida a relação”¹²⁴.

Ademais, frise-se que a boa-fé se espraia por todas as fases da relação obrigacional. Especificamente no tocante aos contratos, a boa-fé está presente tanto nas negociações que o precedem, como na sua conclusão, execução e mesmo após sua extinção.

¹²² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 27.

¹²³ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. p. 148.

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 84.

O atual artigo 422 do Código Civil faz expressa referência apenas à incidência da boa-fé na conclusão e execução do contrato, o que tem gerado críticas por parte da doutrina ante ao fato de se limitar ao período que vai da conclusão do contrato até sua execução, não abrangendo as fases pré e pós-contratual¹²⁵, as quais também devem ser orientadas pela boa-fé consoante o entendimento doutrinário. De fato, apesar do Código Civil de 2002 conter evidente evolução sobre o tema em relação à codificação civilista brasileira anterior, a referida omissão legislativa não é justificável, seja face ao amplo desenvolvimento doutrinário sobre o tema, seja diante da consagração em outros ordenamentos jurídicos cronologicamente anteriores¹²⁶.

Certamente, porém, tal omissão não é suficiente para se negar a projeção da boa-fé sobre todos os momentos da relação contratual. Assim, sua violação na fase das negociações preliminares origina a responsabilidade pré-contratual, a qual decorre não apenas da interrupção injustificada das negociações, mas também da violação dos deveres de conduta impostos pela boa-fé, “de informação e clareza de linguagem, de sigilo quanto a informações prestadas pela contraparte, e até de não-indução, ainda que meramente culposa, ao erro da outra parte”¹²⁷.

Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção de informação e esclarecimento¹²⁸.

Durante a fase de execução do contrato, a boa-fé contribui para a identificação das condutas que devem ser observadas por cada uma das partes, co-determinando o programa obrigacional de modo a realizar os interesses perseguidos pelos contratantes. Destarte,

¹²⁵ Nessa linha, AZEVEDO, referindo-se às “insuficiências” do Código Civil de 2002, constata que “o art. 421 está insuficiente, pois só dispõe sobre dois momentos: conclusão do contrato – isto é, o momento em que o contrato se faz – e execução. Nada preceitua sobre o que está depois, nem sobre o que está antes” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-fé Objetiva nos Contratos*. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 89. Vol. 775. Maio de 2000. p. 11-17. p. 13).

¹²⁶ Cite-se, a título exemplificativo, o já mencionado §242 do BGB e a evolução doutrinária e jurisprudencial alemãs que consagraram a incidência da boa-fé objetiva em todas as relações obrigacionais, bem como em todos os seus momentos. Além disso, o Código Civil português, no artigo 227, estabelece que “*quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”. No código Civil italiano, destaca-se o artigo 1.175, o qual estabelece que “*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*” e o artigo 1.337, que afirma que “*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportar-se secondo buona fede*”.

¹²⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 150. É certo, contudo, que nem todos os atos preliminares à contratação são ensejadores desta responsabilidade, mostrando-se imprescindível a existência de dano e de nexo de causalidade entre a ação ou omissão imputável a um dos sujeitos da relação.

¹²⁸ Ambas as citações são de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 486 - 487.

“concorrendo a fixar o comportamento devido em virtude de celebração de um contrato, a sua violação traduz um incumprimento contratual, com a relativa responsabilidade”¹²⁹.

Por fim, anota-se que mesmo após o término do contrato podem restar certos efeitos reflexos que demandam a observância dos consectários da boa-fé. Com efeito, “a extinção da obrigação principal não desamarra totalmente os contraentes, subsistindo um vínculo que vai além do dever genérico de não prejudicar outrem”¹³⁰. Logo, a boa-fé obriga as partes a observar, mesmo após o adimplemento da prestação principal, certos deveres laterais com vistas à salvaguarda dos fins contratuais e das legítimas expectativas derivadas do contrato¹³¹.

Quanto ao alcance da boa-fé nos contratos, pertinente, ainda, a menção a um Projeto de Lei existente, atualmente em trâmite no Congresso Nacional¹³², o qual visa alterar alguns artigos do Código Civil de 2002. Entre outras, há proposta de alteração do artigo 422 com o objetivo de fazer constar expressamente a incidência da boa-fé em todos os momentos da relação contratual, sugerindo-se a seguinte redação:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulta da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.

Por fim, embora não esteja expresso no Código, importante destacar que a boa-fé é norma que incide sobre todos os contratos, independentemente da manifestação da vontade das partes nesse sentido¹³³. Trata-se, pois, de norma cogente, que não pode ser afastada pela vontade das partes. Com efeito, aceitar-se que pudesse ser afastada por disposição contratual equivaleria a validar a idéia de que um contrato pode ser contrário à boa-fé¹³⁴.

¹²⁹ SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos Contratos*. p. 210. No mesmo sentido, SILVA entende que “as diversas obrigações ‘paralelas’ interagem por meio de um conjunto de relações internas, de sorte que o inadimplemento de uma pode gerar o inadimplemento de todo o contrato, apesar do correto adimplemento da outra” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. p. 60).

¹³⁰ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004. p. 678.

¹³¹ As situações são muito diversas para que se possa enfeixá-las em um rol, mas é possível citar, exemplificativamente, o dever de manter sigilo sobre uma dada contratação ou o dever do fornecedor de manter peças de reposição por um tempo razoável.

¹³² Refere-se ao Projeto de Lei nº 6960/20002, de autoria do Dr. Ricardo FIÚZA.

¹³³ Há quem critique essa omissão, dizendo que uma das insuficiências do projeto é que não há formula expressa informando se a norma é cogente ou dispositiva. Assim manifesta-se AZEVEDO, para quem, a partir da redação do artigo 421, não se poderia saber se a regra é cogente ou não: “não se sabe se a norma é cogente e não se prevê se as partes podem adotar outros *standards*, ou quais *standards*, e assim por diante” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. p. 12). Orientação diversa é adotada pelo *Uniform Commercial Code* americano, o qual prevê expressamente no § 1-102 que “*the obligation of good faith may not be disclaimed by agreement*”.

¹³⁴ É possível afirmar que o entendimento doutrinário caminha no sentido de afirmar que a boa-fé é norma cogente incidente em todos os contratos. Exemplificativamente, cita-se DELGADO, segundo o qual “ela [boa-

4.5. FUNÇÕES DA BOA-FÉ CONTRATUAL

Considerando que a boa-fé objetiva é prevista na forma de uma cláusula geral, é certo que sua conceituação não é estanque, bem como seu conteúdo não pode ser totalmente descrito *a priori* e de modo abstrato, senão em termos bastante gerais. Isso significa que sua concreção é sempre contextual, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, ou seja, quais são os deveres decorrentes da boa-fé ou como eles deveriam ter sido observados pela parte, sua incidência ou intensidade são dados que somente poderão ser verificados à luz do caso concreto.

De fato, essas considerações são verdadeiras, mas devem ser cuidadosamente analisadas. Isso porque não se observa um real consenso doutrinário sobre a extensão, os modos e os limites da aplicação da boa-fé aos contratos. Ao contrário, o consenso mais evidente é o da dificuldade de explicitar o conteúdo da boa-fé, do que decorre um generalizado reconhecimento da impossibilidade – ou, mesmo, da não recomendação – de enunciação apriorística dos deveres dela decorrentes.

A convergência doutrinária acerca da necessidade de consideração das circunstâncias do caso concreto, contudo, pouco auxilia na densificação da boa-fé, pois “a valorização da casuística integra a estrutura de todos os princípios e cláusulas gerais que os expressem, não sendo este um dado que, isoladamente, sirva à caracterização do dever de boa-fé contratual”¹³⁵. Logo, esse entendimento é correto, mas deve ser conjugado com as dificuldades que surgem de um consenso que se mostra intrinsecamente vazio. Por um lado, a falta de explicitação de alguma função desempenhada pela boa-fé poderia redundar no seu afastamento pelos Tribunais, dada a dificuldade de aplicação e de desenvolvimento do conteúdo da boa-fé para os casos concretos, ou, em sentido diverso, poderia conduzir à sua superutilização para solução de situações que não são por ela abrangidas. Além disso, a indefinição assentada apenas nas circunstâncias do caso concreto pode torná-la alvo de críticas, na medida em que as mesmas circunstâncias fáticas poderiam conduzir a soluções opostas. É para evitar que se caia em uma vagueza pouco produtiva que se entende importante realçar que a boa-fé possui um campo de aplicação limitado, não podendo ser tomada como

fé] é regra implícita em todo negócio jurídico bilateral” (DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no Novo Código Civil. In: DELGADO, Mario Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003 p. 169 - 203. p. 179). Também NEGREIROS comunga desse entendimento ao afirmar que “a cogência da norma que impõe aos contratantes atuarem com boa-fé sempre nos pareceu dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão” (NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. p. 231).

¹³⁵ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 226.

uma espécie de remédio para todos os problemas ou via para aplicação da solução que o intérprete, subjetivamente, considere mais adequada.

Assim, parece salutar a doutrina que procura identificar algumas das funções que a boa-fé vem desempenhando no âmbito contratual, o que não significa, certamente, que a incidência da boa-fé nos contratos não possa assumir sentido diverso ou complementar. Consoante já mencionado, essa explicitação se mostra benéfica na medida em que fornece uma orientação ao intérprete-aplicador do Direito para que, à luz dos casos concretos, possa aplicar a boa-fé, sem excluir, contudo, a possibilidade de ulteriores desenvolvimentos e de identificação de novas funções.

A doutrina, nessa linha, tende a arrolar três funções atribuídas à boa-fé: a primeira aparece ligada à função interpretativa e integrativa; a segunda, à limitação do exercício de direitos subjetivos e a última, à criação de deveres de conduta. É certo que essa tripartição obedece a uma classificação em “tipos ideais”¹³⁶, sendo que na prática é muitas vezes difícil identificar sob qual desses “tipos” a boa-fé está atuando, pois as funções se complementam.

4.5.1. Funções Interpretativa e Integrativa da Boa-fé

A função interpretativa da boa-fé pode ser resumida na idéia de que o contrato deve ser interpretado a partir do pressuposto de que foi celebrado por ambas as partes com boa-fé.

Essa função da boa-fé vem prevista no atual artigo 113 do Código Civil brasileiro, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Certamente, esse artigo refere-se à boa-fé objetiva, valorizando a confiança sobre a vontade interna das partes contratantes. Portanto, o sentido das cláusulas contratuais, sempre que suscitar dúvidas, deve ser aquele decorrente dos ditames da boa-fé. Nesse contexto, explica NORONHA que a função interpretativa da boa-fé possui dois desdobramentos:

primeiro que os contratos devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la se agisse com razoável diligência; segundo, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável¹³⁷.

¹³⁶ A expressão é de NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. p. 232.

¹³⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 152.

Reconhece-se, portanto, que, atualmente, o valor da confiança prevalece sobre a tutela da vontade interna, a qual, a rigor, é difícil de ser apreendida. Vale ressaltar, nessa linha, que quando o artigo 112 do Código Civil afirma que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, quer significar que a declaração deve ser tomada no seu sentido real quando o destinatário conhecer o significado que o declarante oferecia, mas deve ser entendida no seu sentido objetivo quando isso não for possível.

Ademais, como destaca LARENZ, na interpretação das declarações receptícias deve-se levar em consideração as possibilidades de compreensão do seu destinatário, ao qual, por sua vez, impõe-se agir com a devida diligência para conhecer o sentido oferecido pelo declarante¹³⁸. Busca-se, desse modo, que o destinatário da declaração não se atenha, comodamente, ao sentido literal desta, mas procure, em observância à boa-fé, compreender o sentido dado pelo declarante. Atendendo esse requisito, a declaração deve ser entendida a partir do seu sentido objetivo.

Outrossim, quando o contrato possuir cláusulas ambíguas ou quando houver dúvidas com relação ao sentido das mesmas, preferir-se-á o significado que a boa-fé indique como o mais razoável.

A função integrativa, por sua vez, decorre do reconhecimento de que a relação contratual conta, freqüentemente, com situações nem sempre previstas ou previsíveis pelas partes. Atua a boa-fé, nesse contexto, na colmatação das lacunas. Assim explica Giovanni UDA:

para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua como cânone hermenêutico-integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattiespecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto¹³⁹.

No âmbito da função integrativa, portanto, a boa-fé acaba influenciando o próprio conteúdo do contrato¹⁴⁰, pois as partes nem sempre podem prever todas as possibilidades que dele derivam.

Vale ressaltar, nesse contexto, que a referência à função interpretativa-integrativa da boa-fé não pode “conduzir a um entendimento, equivocado, no sentido de limitar a atuação do

¹³⁸ LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. p. 457.

¹³⁹ UDA, Giovanni *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 429.

¹⁴⁰ Nesse sentido, LOS MOZOS, José Luis de. *El principio de la buena fe*. p. 124.

princípio da boa-fé a casos de lacuna no contrato ou de particular ambigüidade ou obscuridade de alguma de suas cláusulas”¹⁴¹. Sendo uma regra cogente, a boa-fé incide sobre todos os contratos, tornando insustentável essa redução a um papel suplementar ou esclarecedor.

Quanto aos parâmetros essenciais para a atuação dessa primeira função da boa-fé, podem ser identificados a consideração das cláusulas contratuais como um sistema significativo, a finalidade da relação jurídica e alguns princípios auxiliares. Nessa senda, ao interpretar um contrato não se deve partir para a explicitação do conteúdo das cláusulas tomadas isoladamente; ao contrário, é preciso considerá-las inseridas no conjunto formado pelas disposições que integram o complexo contratual ao longo de sua vigência¹⁴².

Além disso, deve-se levar em conta a finalidade da relação jurídica em questão “e, neste sentido, condicionar a sua interpretação às circunstâncias concretas do caso em exame na medida em que reveladoras desta finalidade”¹⁴³. Certamente que essa finalidade contratual não é apresentada em termos egoísticos, no sentido da satisfação exclusiva dos interesses do credor; deve, diversamente, ser considerada em conformidade com o desenho atual do contrato, de modo que o fim contratual nem sempre será necessariamente reconduzível somente à vontade declarada pelas partes.

Certamente, também não se pode olvidar que qualquer análise deve considerar a inserção do contrato no sistema jurídico, o que implica reconhecer a influência dos princípios reitores deste sistema concomitantemente à indicação das soluções apontadas a partir da incidência da boa-fé.

Na busca do sentido que a boa-fé aponte como o mais razoável, NORONHA¹⁴⁴ apresenta um conjunto de diretrizes que, embora não exaustivo, pode auxiliar, também, na concreção dessa função: primeiramente, refere o princípio da conservação do contrato, segundo o qual, se uma cláusula comportar diversos sentidos possíveis, deve-se optar por aquele do qual resulte a preservação do contrato; pelo princípio do menor sacrifício, ou *interpretatio favorem debitoris*, havendo dúvida quanto ao significado de uma cláusula, deve-se interpretá-la no sentido mais favorável à parte que assumiu a obrigação; finalmente, a partir do princípio da interpretação contra o predisponente (ou *in dubio contra stipulatorem*), se

¹⁴¹ NEGREIROS, Teresa. *O Princípio da boa-fé contratual*. p. 229.

¹⁴² Essa é a orientação dada por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 430. Exemplifica a autora: “para a aclaração desse ‘sentido total’ é imprescindível a referência ao princípio da boa-fé, sendo o raciocínio, aqui, similar ao que se manifesta em matéria de interpretação da lei quando se intenta averiguar o sentido de uma norma ou de um complexo de normas, considerando-se os elementos de valoração postos nos princípios fundamentais do sistema ou do conjunto normativo em análise” (*Idem*, p. 431).

¹⁴³ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 233.

¹⁴⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 155 - 157.

houver dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta por uma das partes, opta-se pelo sentido menos favorável a quem a redigiu (o que é relevante, principalmente, no tocante aos contratos de adesão).

Percebe-se, pois, que essa função dirige-se tanto ao juiz, como aos contratantes, os quais devem interpretar o contrato conforme a boa-fé¹⁴⁵. Protege-se, por conseguinte, a confiança das partes, a qual pode aparecer, em certos casos, ligada à tutela da aparência jurídica¹⁴⁶. Observa-se, dessarte, que mesmo no que concerne à função hermenêutica e integrativa da boa-fé, esta contribui para determinar o comportamento devido pelas partes nos casos concretos, mesclando-se com as demais funções, na medida em que pode atuar na limitação de direitos subjetivos ou como uma fonte de deveres. Assim, se diversos deveres laterais de conduta integram o contrato por força do princípio da boa-fé, é porque a consideração desta como fonte de deveres de conduta não é qualitativamente diversa da função interpretativa ou integrativa; ao contrário, “é uma continuação da interpretação do contrato, para além das disposições previstas pelas partes, ou impostas pela lei”¹⁴⁷. Seguindo esse raciocínio, tanto a função interpretativa-integrativa tem por objetivo definir quais são os direitos e obrigações das partes quanto a função de criação de deveres laterais, sendo que a função de limitação do exercício de direitos subjetivos contribui para explicitar a forma como esses direitos e obrigações podem ser exercidos, ou seja, define o modo de exercício desses direitos. Ressalta-se, portanto, a relação de continuidade e interpenetração das funções da boa-fé¹⁴⁸.

¹⁴⁵ MESSINEO é quem explica que tanto o juiz como as partes devem interpretar o contrato conforme a boa-fé, sendo que, quando dirigida ao juiz, este “*debe interpretar el contrato como lo exige la buena fe, aunque, en hipotesis, una de las partes o la dos, no se hubieron inspirado en la buena fe*”(MESSINEO, Francesco. *Doctrina general de contrato*. Tomo II. Trad. de R. O. Fontnarossa, S. Sentis Mellendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 110).

¹⁴⁶ Assim, para MARTINS-COSTA, “em tema de interpretação e integração dos contratos, a boa-fé objetiva também desempenha exponencial papel nos casos de aplicação da *teoria da aparência*. É importante sublinhar que, neste campo, atuam, conjuntamente, a boa-fé subjetiva e a objetiva: a primeira concerne à valoração da conduta do lesado, porque agiu na crença (condição psicológica, interna, subjetivamente avaliável), a segunda à valoração do comportamento da parte que permitiu, por ação ou omissão, que a aparência errônea fosse criada” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 435).

¹⁴⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 166.

¹⁴⁸ A doutrina, em geral, costuma ressaltar esse inter-relacionamento. A respeito, ver NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 167, o qual, embora utilizando classificação diversa da adotada neste trabalho, explicita esse ponto.

4.5.2. A Boa-fé como Fonte de Deveres de Conduta

A recepção dos deveres de conduta emergentes da boa-fé requer a compreensão da complexidade da relação obrigacional, segundo a qual a obrigação implica ao credor e ao devedor não apenas uma singular situação de crédito e débito, mas situações jurídicas complexas. Desse modo, ao lado dos deveres de prestação primários e secundários, localizam-se outros deveres, denominados pela doutrina de deveres laterais, secundários, anexos, acessórios ou instrumentais¹⁴⁹, os quais decorrem da boa-fé e não dizem respeito diretamente a prestações específicas de uma parte para a outra, mas ao exato processamento da relação obrigacional, contribuindo para a realização das suas finalidades. Com efeito, a própria compreensão da operatividade dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé deve partir do reconhecimento da complexidade intra-obrigacional, a qual é um dado que afeta todas as partes envolvidas. Avulta, também, nesse contexto, a concepção da relação obrigacional como relação de cooperação, já que a obrigação não se identifica com os direitos do credor, configurando, antes, uma relação de cooperação entre todas as partes envolvidas pelo contrato, direcionada não apenas ao cumprimento da obrigação principal, mas também a um adequado processamento, o que abrange os deveres laterais emergentes da boa-fé.

Embora haja quem os inclua na função integrativa da boa-fé¹⁵⁰, a maioria da doutrina distingue, teoricamente, a função integrativa e a de criação de deveres laterais, sem que seja possível, contudo, defender uma avaliação estanque de cada uma dessas funções e sua incidência nos casos concretos, consoante já mencionado. Nessa linha, a doutrina majoritária entende que existem determinados deveres de conduta – os deveres laterais – que emergem diretamente da boa-fé, independentemente de previsão contratual expressa ou dicção legislativa pontual prevendo-os. Esses deveres decorrem principalmente de um mesmo fundamento material-normativo: a cláusula geral da boa-fé objetiva, ainda que possam decorrer, também, do contrato ou da lei¹⁵¹.

¹⁴⁹ Entre outros, GOMES, Rogério Zuel, in *Teoria contratual contemporânea*, denomina-os deveres anexos. Já MARTINS-COSTA, Judith, in *A boa-fé no Direito Privado*, utiliza a expressão deveres instrumentais; Jorge César Ferreira. Silva, in *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, prefere a nomenclatura deveres laterais; Teresa NEGREIROS, por sua vez, in *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, chama-os deveres acessórios, entre outros, o que já basta para evidenciar a diversidade de nomenclatura.

¹⁵⁰ Nessa linha, NORONHA entende que os deveres laterais decorrem da função integrativa da boa-fé. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 157 - 167.

¹⁵¹ Nesse sentido, ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. p. 66, entre outros. Há quem afirme, contudo, que esses deveres “têm como único fundamento o princípio da boa-fé” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 162). Não se pode, certamente, como já mencionado anteriormente, negar a correção de afirmações no sentido de que os deveres laterais podem decorrer de dispositivo de lei ou do contrato. Entretanto, é possível sustentar que tais regras consagradoras de deveres

São entendidos como “todos aqueles deveres decorrentes de fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, diretamente, a realização ou substituição da prestação”¹⁵².

Explica MARTINS-COSTA que

constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais (...). Estão, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual (...) ¹⁵³.

Nesse sentido, importante sublinhar que os deveres de conduta impostos pela boa-fé não se confundem com os deveres de prestação, localizando-se ao lado destes para garantir o correto desenvolvimento da relação contratual. Além disso, devem ser observados tanto pelo credor, como pelo devedor, pois ambas as partes estão abrangidas pela relação contratual e podem ser atingidas pelo não cumprimento desses deveres pela outra parte. Ressalta-se, por conseguinte, que são deveres instrumentais, pois não identificáveis como o fim contratual, auxiliando, antes, no direcionamento da relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, tendo em vista as concretas finalidades da relação. São, também, avoluntarísticos¹⁵⁴, dado que, embora possa existir expressa previsão contratual acerca de algum dos deveres laterais, decorrem diretamente da boa-fé e da consideração das circunstâncias concretas de cada caso.

É possível observar a existência de certas críticas doutrinárias no sentido de que teria agido mal o legislador civilista ao não prever, expressamente, a regra da criação dos deveres laterais de conduta a partir da boa-fé e a sua necessária incidência sobre todos os contratos¹⁵⁵. De fato, inexistente previsão pontual, mas essa objeção não parece ser suficiente para afastar a positividade desses deveres, resultante do artigo 421 do Código Civil no qual está expressamente prevista a boa-fé na forma de uma cláusula geral, admitindo, desse modo,

laterais, positivadas em contratos ou dispositivos legais específicos, podem ser retiradas do conteúdo normativo da boa-fé, uma vez que atuam como veículos desta. De fato, se esses deveres estiverem expressos na lei ou no contrato serão mais facilmente identificáveis, mas poderiam, de qualquer modo, ser considerados decorrentes da boa-fé. A respeito, ver nota de rodapé 113, infra.

¹⁵² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 75.

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 439 - 440.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37.

¹⁵⁵ A crítica é de AZEVEDO, que entende que a omissão é injustificável, citando exemplos de diplomas legislativos estrangeiros nos quais a previsão é expressa, como o art. 248 do Código Civil holandês e o art. 1434 do Código de Quebec. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. p. 15).

o trabalho de construção de seu conteúdo à luz do sistema jurídico¹⁵⁶. Endossando essa conclusão, a doutrina e a jurisprudência amplamente reconhecem que os deveres laterais decorrem da cláusula geral da boa-fé, de modo que a falta de previsão expressa não é motivo para afastar sua aplicação nas relações concretas.

A boa-fé, portanto, incidindo sobre todos os momentos da relação contratual, pode dar ensejo ao surgimento de deveres de conduta nem sempre previstos ou previsíveis pela lei ou pelas partes no instrumento contratual. Do mesmo modo que a aplicação da boa-fé, em geral, requer a consideração das situações fáticas que o caso concreto apresenta, tendo seu conteúdo construído à luz do sistema jurídico, os deveres laterais de conduta também não comportam enumeração apriorística exaustiva. Efetivamente, a presença desses deveres e seu grau de intensidade dependerão das circunstâncias de cada caso, operando sua concretização conforme a existência ou não de situações fáticas ou de determinados pressupostos que podem existir no contrato, os quais são aferíveis apenas a partir da análise da situação concreta¹⁵⁷. Assim, nem sempre serão observados os mesmos deveres em todas as relações obrigacionais, bem como a sua intensidade pode ser diversa, dependendo, sempre, das circunstâncias concretamente presentes e da finalidade do contrato, analisadas à luz da boa-fé¹⁵⁸.

Ademais, frise-se que não existe vinculação entre a espécie ou tipo contratual e os deveres laterais que devem ser atendidos pelas partes. Isso porque estes não decorrem necessariamente da espécie de contrato, sendo imprescindível a análise das características de cada relação, seu fim e circunstâncias concretas. Deste modo, é possível, por exemplo, que duas relações de compra e venda de bens semelhantes ensejem o surgimento de deveres laterais diversos ou que a intensidade de tais deveres seja desigual em cada uma das situações, variando consoante as peculiaridades das partes e da situação concreta considerada¹⁵⁹.

Ressalta, portanto, a impossibilidade de se arrolar prévia e exaustivamente todos os deveres laterais e seu preciso conteúdo. Essa constatação, amplamente difundida na doutrina

¹⁵⁶ Entre outros, nesse sentido, POPP Carlyle. *A formação do Negócio Jurídico e os Deveres Laterais no Novo Código Civil*. p. 59.

¹⁵⁷ Segundo NEGREIROS, são fatores que influenciam na identificação desses deveres, entre outros, a condição socioeconômica dos contratantes, o tipo de vínculo existente, mais ou menos fundado na confiança, a finalidade do contrato, além de todo um conjunto de situações fáticas que podem ou não estar presentes (NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. p. 249).

¹⁵⁸ Na mesma linha, explica MARTINS-COSTA que “os deveres instrumentais não constituem elementos da relação contratual existentes *ab initio* e enquadrados num quadro fechado, com conteúdo fixo. A sua concretização opera, sempre, conforme a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto, os quais, ‘à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia’. E não apenas a sua existência: também a medida da sua intensidade” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 449).

¹⁵⁹ Nesse sentido, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 103.

atual, conduz à afirmação da proteiformidade e transformabilidade dos deveres laterais¹⁶⁰, que podem variar conforme as circunstâncias presentes. E, se o nascimento ou identificação dos deveres laterais depende das circunstâncias fáticas ocorridas ao longo da relação contratual, tem-se que somente serão determináveis, em regra, quando houver o seu descumprimento¹⁶¹.

É, também, dessa proteiformidade e transformabilidade, somadas à impossibilidade de se identificar previamente todos os deveres laterais que podem emergir da boa-fé, que a doutrina aponta as dificuldades de enumeração ou de classificação desses deveres. É possível, com efeito, fazer referência a vários deveres laterais, como o dever de informação, de esclarecimento, de cooperação, de sigilo, e muitos outros, porém sem pretensões de identificação taxativa. Evidencia-se, assim, as dificuldades que envolvem a apresentação de uma classificação desses deveres, impondo-se o reconhecimento de que qualquer classificação apresentada é discricionária e vinculada ao interesse prático em identificar elementos destoantes. Além de que os deveres laterais podem comportar diferentes intensidades, a depender das circunstâncias fáticas, o que dificilmente será abrangido por uma classificação.

De qualquer modo, mesmo ciente das dificuldades envolvidas, a doutrina lança-se freqüentemente em classificações dos deveres que nascem da boa-fé, o que embora insuficiente, apresenta um lado positivo na medida em que facilita a visualização de alguns desses deveres e a compreensão da sua operatividade na relação contratual.

Dentre as classificações existentes, uma das mais difundidas, atualmente, é a apresentada por MENEZES CORDEIRO, seguida por diversos autores brasileiros¹⁶². Assim, sem prejuízo da existência de outras classificações¹⁶³, opta-se por aquela apresentada pelo referido autor português, o qual organiza os deveres laterais em três grandes grupos: deveres de proteção, de lealdade e de informação.

Os deveres de proteção obrigam a que “não se inflinjam danos à contraparte: danos directos, por um lado, à sua pessoa e bens (...); danos indirectos, por outro, derivados de despesas e outros sacrifícios normais na contratação revestirem, por força do desenvolvimento

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 450.

¹⁶¹ Segundo SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 105.

¹⁶² Entre outros autores, adotam a classificação proposta por Menezes Cordeiro: NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 162, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 107 e SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. p. 58.

¹⁶³ Exemplificativamente, MARTINS-COSTA classifica os deveres laterais em dois grandes grupos: aqueles que possuem um fim positivo e os deveres de proteção, os quais visam proteger as partes dos riscos à pessoa e ao patrimônio (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. p. 258).

subseqüente do processo negocial, uma característica de anormalidade”¹⁶⁴. Resumidamente, portanto, os deveres de proteção tendem a proteger as pessoas envolvidas na relação obrigacional e seus patrimônios.

Os deveres de lealdade, por sua vez, “obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”¹⁶⁵. Referem-se, portanto, ao fato de que as partes não devem, durante o desenrolar da relação contratual, praticar atos comissivos ou omissivos que possam frustrar as expectativas legitimamente sustentadas. Dentro desta categoria, é possível fazer referência, também, aos deveres de cooperação, os quais, agindo no sentido da concepção da relação obrigacional como relação de cooperação, estabelecem que “ambas as partes têm o dever de auxiliar na realização das atividades prévias necessárias à consecução do contrato, assim como de afastar todas as dificuldades para tal consecução, estando este afastamento ao alcance das partes”¹⁶⁶. São as circunstâncias presentes no caso concreto, bem como a finalidade do contrato que determinarão quais são os deveres de cooperação e lealdade, bem como sua extensão.

Por fim, há os deveres de informação, os quais “obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir”¹⁶⁷. Esses deveres visam permitir que as partes tenham condições de, consoante as possibilidades presentes em cada situação concreta, compreender as circunstâncias específicas da contratação, pois é apenas com base em informações adequadas que poderão emitir uma “vontade contratual qualificada”¹⁶⁸.

Certamente, essa classificação é apenas enunciativa, não pretendendo esgotar todos os deveres laterais que podem estar presentes nas diversas relações obrigacionais. É possível mencionar ainda, exemplificativamente, os deveres de conselho, de aviso, de guarda e de conservação, de prestação de contas, de restituição, de segredo e de omissão, entre outros, sendo verdadeiramente aberto o rol de deveres que podem surgir em razão das situações concretas presentes em cada caso¹⁶⁹.

¹⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 583.

¹⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 606.

¹⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 113 - 114.

¹⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 605.

¹⁶⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 146.

¹⁶⁹ Para Judith MARTINS-COSTA, por exemplo, os principais deveres laterais seriam: “*deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem

Ademais, importante mencionar que embora em certas fases do contrato alguns desses deveres se apresentem de modo mais evidente do que em outras, estão eles presentes em todas as etapas da relação contratual, não podendo ser compartimentalizados em alguma delas ou analisados isoladamente. De fato, é freqüente a constatação de que ao ferir um determinado dever, há infração de outros também. Assim, por exemplo, a ausência de informação pode configurar, também, ausência de lealdade ou de proteção da contraparte.

Consigne-se, ainda, que os deveres laterais estão presentes não apenas durante a execução do contrato, mas também nas fases pré e pós-contratuais. Em regra, a violação a um dever de conduta não dá ensejo à ação judicial de cumprimento, que é própria dos deveres de prestação, mas caracteriza a chamada violação positiva do contrato, podendo conduzir ao dever de indenizar ou mesmo, em alguns casos, legitimar a resolução do contrato. Isso porque se entende, contemporaneamente, que o adimplemento engloba todos os interesses envolvidos na obrigação, abrangendo, deste modo, tanto os deveres primários de prestação, como os secundários e os deveres laterais, sejam aqueles vinculados à prestação ou os de comportamento ligados à proteção da pessoa e do patrimônio. Nessa linha, explica SILVA que “alargando-se a noção de adimplemento, alarga-se, correlatamente, o âmbito do seu antônimo, ou seja, a noção de inadimplemento”¹⁷⁰. Portanto, embora ainda existam vozes dissonantes na doutrina¹⁷¹, tende-

acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor, etc.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 439).

¹⁷⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 82.

¹⁷¹ A título de exemplo, pode-se citar MENEZES CORDEIRO, para quem os deveres laterais não teriam natureza obrigacional, mas decorreriam da regra geral *noeminem laedere*, de modo que sua proteção jurídica seria dada pela responsabilidade aquiliana (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 636 – 648). SILVA, contudo, ressalta as vantagens da alocação contratual dos deveres laterais: “a proteção dos bens jurídicos da parte que sofre o dano pode estar aberta, indubitavelmente, pela via da responsabilidade aquiliana. Contudo, entendido o dano, bem como a conduta da parte como *extracontratuais*, terá o contratante lesado duas opções: ou manter o contrato e ajuizar, a cada dano provocado, nova ação reparatória, ou resolver/resilir o contrato. Neste último caso, porém, tendo em vista a inexistência de fundamento *contratual*, terá de arcar com todas as consequências decorrentes dessa opção (pagar a indenização correspondente, ou o valor fixado em cláusula penal, ou valor relativo a prévio aviso, etc.). Entendido, entretanto, como descumprimento de dever *contratual* lateral de proteção, o dano provocado bem como a

se a reconhecer a natureza obrigacional dos deveres laterais com base na complexidade e totalidade da relação obrigacional, posto que estão localizados dentro do conjunto de situações jurídicas abrangidas pela relação obrigacional. Destarte, nesse sentido, entende-se que a inobservância dos deveres laterais conduz à violação positiva do contrato, podendo fazer surgir o dever de indenizar ou o direito de resolver o contrato. Considerando, ainda, que os deveres laterais podem estar presentes antes mesmo da conclusão do contrato, perdurando durante toda a fase de execução e mesmo após o adimplemento da obrigação principal, a sua inobservância pode fazer surgir a responsabilidade pré ou pós-contratual quando ocorrer, respectivamente, na fase das tratativas preliminares ou após a execução do contrato.

4.5.3. A Boa-fé como Limitação do Exercício de Direitos Subjetivos

Além do auxílio na interpretação do contrato e na determinação do conjunto de deveres e obrigações que integram a complexa relação obrigacional, a boa-fé contribui na indicação de “como” o contrato deve ser cumprido. Nesse sentido, reforça o fato de que a prestação deve ser adimplida como contraída ou determinada em concreto pelas circunstâncias do caso, significando que a obrigação deve, para além do aspecto temporal, ser globalmente adimplida, no sentido de se requerer a observância do conjunto de situações jurídicas decorrentes do contrato¹⁷².

Abandonando-se, hodiernamente, uma perspectiva subjetivista na análise do exercício dos direitos subjetivos e seus limites, a avaliação passa a ser objetiva e encontra amparo técnico na boa-fé. Sob esta ótica, a boa-fé não admite o exercício de condutas que contrariem a obrigação de agir com lealdade e correção, pois só assim os objetivos traçados poderão ser atingidos. Atua a boa-fé, portanto, resguardando o fim contratual e os direitos das partes envolvidas em cada relação.

Deste modo, requerendo a manutenção de uma conduta leal e correta das partes envolvidas no contrato, a boa-fé pode atuar não apenas criando deveres com vistas ao

conduta negligente consubstanciarão inadimplemento, abrindo-se a via da ação resolutória cumulada com indenização” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 87).

¹⁷² É neste sentido que Judith MARTINS-COSTA entende que decorre da boa-fé o “princípio da exatidão”, “consentindo na possibilidade de adoção de um critério mais elástico, a ser apreciado nos limites de uma tolerabilidade considerada ‘normal’ à vista da funcionalidade do contrato” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. p. 262). Na mesma linha, AGUIAR explica que as partes “não devem só aquilo que elas mesmo estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas tudo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé” (AGUIAR Jr *apud* MARTINS-COSTA, *idem, ibidem*).

adequado processamento da relação, mas também limitando o exercício de direitos subjetivos. Essa limitação pode ocorrer em diversas situações, como, por exemplo,

quando a boa-fé enseja a aplicação da Teoria dos Atos Próprios, pela invocação da regra que veda *venire contra factum proprium*; quando coíbe a abusiva invocação da exceção do contrato não cumprido ou da *exceptio non rite adimpleti contractus*; quando afasta o exercício do poder formativo extintivo de resolução, em face do adimplemento substancial da obrigação; quando veda a exigibilidade, por adimplemento antecipado da obrigação; ou, ainda, quando impede a exigibilidade de um direito se o titular permaneceu inerte por longo tempo, de forma a criar na contraparte a legítima expectativa de que o mesmo não mais seria exercido (*supressio*), tal como ora versado no art. 330 do Código, e o seu contrário, a *surrectio*; ou vedando a contraditoriedade da conduta contratual, hipótese designada pela expressão *tu quoque*, ou ainda carreando à antiga *fattiespecie* do abuso de direito uma conotação objetiva, assim como procede, agora, o art. 187 do Código Civil.¹⁷³

De fato, já é possível observar que o âmbito de atuação da boa-fé nesse contexto é bastante amplo e diversificado, sendo inviável uma definição *a priori* de quais são as condutas que devem ou não ser restringidas à luz da boa-fé. Tal como nas outras searas permeadas pela boa-fé, é o caso concreto e suas peculiaridades que ditarão quais condutas devem ser observadas e quais direitos subjetivos estão limitados pela boa-fé, segundo a configuração de cada contrato e sua finalidade, analisados à luz do sistema jurídico. A doutrina, contudo, costuma expor um conjunto de situações mais frequentes nas quais a boa-fé atua limitando o exercício de direitos subjetivos, as quais serão brevemente referidas nas próximas linhas, esclarecendo-se, desde logo, que essa especificação é meramente enumerativa e não impede a identificação de outras situações nas quais a boa-fé possa atuar de modo semelhante¹⁷⁴.

Assim, importa destacar, inicialmente, que a boa-fé aparece, no atual Código Civil, relacionada à teoria do abuso de direito, consignando o artigo 187 que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Portanto, se por um lado o poder de auto-regulamentação dos interesses particulares caracterizado pela autonomia privada é protegido pelo sistema jurídico, exigindo que se mantenha uma margem de atuação ao indivíduo na gerência de seus próprios interesses, por outro lado tem-se que todos os direitos possuem uma função (social), de modo que nenhum direito pode ser legitimamente

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 41- 42.

¹⁷⁴ Desborda do objetivo deste estudo a realização de uma análise detalhada sobre cada uma das situações acima mencionadas, nas quais a boa-fé é tomada como fonte para limitação de direitos subjetivos, restringindo-se, assim, a uma exposição sumária de um conjunto das situações mais frequentes – na visão da doutrina – nas quais a boa-fé atua limitando o exercício de direitos subjetivos, visando oferecer uma visão panorâmica sobre o assunto, sem pretensões de exaurir o tema. A respeito do tema, maior desenvolvimento sobre cada uma dessas situações pode ser encontrado na já citada obra de Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no Direito Civil*.

exercido senão de acordo com esta função. Então, para cada direito haverá um modo normal e aceito de exercício e um modo anômalo, que extrapola os limites da razoabilidade e deve ser, portanto, limitado¹⁷⁵. Diante da ordem contratual contemporânea, por conseguinte,

o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.¹⁷⁶

Atua, assim, a boa-fé como parâmetro de razoabilidade capaz de limitar o exercício de um direito ou posição jurídica. De fato, se o direito experimentou um processo de funcionalização, não se pode aceitar que se tutele o exercício de um direito com fins contrários aos previstos, servindo a boa-fé de parâmetro para essa avaliação.

É também com base na boa-fé que a doutrina desenvolve a teoria dos atos próprios, segundo a qual é dever das partes envolvidas na relação contratual adotar comportamentos uniformes, evitando condutas ambivalentes ou contraditórias. Embora seja impossível apresentar uma lista exaustiva das condutas que, nesse contexto, são vedadas pela boa-fé, menciona-se algumas situações freqüentemente apontadas pela doutrina:

- *Tu quoque*: a materialização desta regra decorre, de acordo com MENEZES CORDEIRO, do fato de que “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento”¹⁷⁷. Assim, a referida regra estatui que a parte que não cumpriu com sua obrigação contratual não pode exigir da outra parte o cumprimento daquilo que lhe cabia, ou, nas palavras do referido autor, o brocardo latino traduz a regra pela qual “a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Assim, NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 167.

¹⁷⁶ NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. p. 233. Certamente que a questão de saber quais são os limites ao exercício de um direito não é tarefa simples. Nos casos em que a própria lei indica as finalidades específicas nas quais um direito pode ser exercido, a visualização é mais simples; porém, na generalidade dos casos, não é isso que ocorre, especialmente no âmbito dos contratos. Nestes surge, com freqüência, a questão acerca de qual é o limite da autonomia privada e onde começam os excessos. É partindo da verificação dessas dificuldades que envolvem o tema, bem como da evolução doutrinária, que NORONHA, semelhantemente, chega à conclusão de que “o verdadeiro critério do abuso de direito parece estar no princípio da boa-fé: o que importa assinalar é, primeiro, que a boa-fé exige de cada parte que, ao exercer os seus direitos, haja [sic] com moderação e, segundo, que se a discricionariedade concedida aos particulares constitui a sua esfera de autonomia privada, a boa-fé, agora, terá uma função de *limite* a tal autonomia” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 172 - 173).

¹⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 837.

¹⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 837.

Exemplo dessa categoria está na situação prevista no artigo 476 do Código Civil¹⁷⁹, o qual consagra a regra da exceção do contrato não cumprido, cujo objetivo é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija da outra parte o cumprimento do contrato ou utilize sua inadimplência para se beneficiar de disposição contratual ou legal¹⁸⁰. Nesse contexto, por conseguinte, atua a boa-fé na proteção do sinalagma contratual, evitando que o contratante que descumpriu uma norma venha a exigir do outro que seja fiel ao contrato¹⁸¹.

- *Venire contra factum proprium*: expressa a idéia de que não é permitido à parte assumir um comportamento contraditório com sua conduta anterior. Na definição de MENEZES CORDEIRO, consiste no “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”¹⁸². Assim, existiriam no caso concreto dois comportamentos de uma mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, sendo que o primeiro, contudo, é contrariado pelo segundo. Deste modo, com base na boa-fé “o exercício de um direito é inadmissível quando dessa forma a pessoa se põe em contradição com o sentido que razoavelmente, segundo a boa-fé, se podia inferir da sua conduta anterior”¹⁸³. De fato, o fundamento da inadmissibilidade da *venire contra factum proprium* decorre da boa-fé, pois não se exige necessariamente a má-fé ou negligência culpável¹⁸⁴, sendo o dever de comportamento coerente infringido sempre que se desrespeitar a legítima confiança que houver sido incutida na contraparte. O escopo, portanto, não é necessariamente a manutenção da conduta inicial, mas a preservação do dever de correção e lealdade que deve existir entre as partes no ambiente contratual.

¹⁷⁹ Art. 476. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

¹⁸⁰ Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. p. 461.

¹⁸¹ NORONHA destaca que é possível enquadrar nesta categoria, traduzida pela fórmula *tu quoque*, além de outras situações, aquelas em que, no âmbito de uma relação contratual, uma parte adquiriu direitos de forma desleal contra outra e, também, aqueles em que a pessoa deslealmente cria a aparência da existência de direitos da contraparte contra ela (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 189 - 190). Explicita a desleal aquisição de direitos quando a parte, na forma do artigo 129 do Código Civil (Art. 129. “Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”), impede a realização de uma condição para que os efeitos dela dependentes não sejam produzidos, ou faz o oposto, qual seja, força a realização da condição para se aproveitar dos efeitos dela dependentes. Devido à incidência da regra *tu quoque*, no primeiro caso os efeitos serão produzidos como se a condição tivesse se verificado; no segundo caso, não aparecerão efeitos, a despeito da realização da condição. No que concerne à criação de mera aparência de direitos, exemplifica o referido autor apontando a situação de um devedor que não dá conhecimento ao fiador de exceções que lhe sejam pessoais ou extintivas da obrigação que lhes compete, e, depois, as invoca contra o fiador que pagou e se sub-rogou nos direitos do credor (*Idem, ibidem*).

¹⁸² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 742.

¹⁸³ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 183.

¹⁸⁴ Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 469.

- *Suppressio*: é o protraimento desleal do exercício de um direito. Consoante a doutrina de MENEZES CORDEIRO “diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”¹⁸⁵. Pode-se afirmar, por conseguinte, a partir dessa definição que são três os elementos caracterizadores da *suppressio*: a omissão no exercício de um direito, o transcurso de um período de tempo e a objetiva deslealdade do posterior exercício¹⁸⁶. Deste modo, entende-se que não seria possível ao credor de determinada obrigação, não exigida por tempo razoável, vir a exigi-la, tendo por base exclusivamente a validade da cláusula contratual. Certamente que para que a atitude seja considerada abusiva não basta a existência de qualquer pequeno lapso temporal ou omissão; necessária a verificação de indícios objetivos capazes de criar na outra parte a expectativa de que determinado direito, de fato, não seria exercido¹⁸⁷. Um dos exemplos da *suppressio* no Direito brasileiro pode ser encontrado no artigo 330 do Código Civil, o qual estabelece que o pagamento reiteradamente efetuado em local diverso do pactuado induz ao entendimento de que houve renúncia à cláusula contratual que fixava o local do pagamento. Por outro lado, anote-se que tal presunção pode ser afastada pelo credor mediante a comprovação de que notificou o devedor, deixando clara sua intenção de manter o avençado¹⁸⁸. Também nesse caso não há necessidade de se provar a culpa do titular do direito, porque o fundamento está na referência à situação objetiva presente no caso concreto, tomando a boa-fé por parâmetro.

- *Surrectio*: se na *suppressio* o não exercício de um direito conduz à sua perda, na *surrectio* ocorre praticamente o oposto, correspondendo, segundo MENEZES CORDEIRO, à contraface da *suppressio*¹⁸⁹. De fato, a *surrectio* “tem como ponto de partida um

¹⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 797.

¹⁸⁶ SAMPAIO, Laerte. *A boa-fé é objetiva na relação contratual*. p. 79.

¹⁸⁷ NORONHA explica, entretanto, que a *suppressio* não se confunde com a prescrição ou decadência: nestas perde-se o direito à ação ou o próprio direito, enquanto que, na *suppressio*, em tese, o exercício do direito, tendo por base exclusivamente a lei ou o contrato, ainda é possível; mas há o comportamento do titular do direito, que gera expectativa na outra parte de que o direito não será exercido. Assim, explica NORONHA que “enquanto nestas [prescrição e decadência] é suficiente o mero decurso de determinado lapso de tempo, no protraimento desleal é imprescindível que o titular do direito tenha tido um comportamento deslealmente contraditório, criando na pessoa contra quem o seu direito se dirigia uma situação de justificada confiança de que ele nunca seria exercido” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 186). Deste modo, o critério decisivo é a confiança da contraparte justificada pela inatividade do credor.

¹⁸⁸ É NORONHA, novamente, quem adverte para o fato de que não se pode olvidar que o protraimento desleal no exercício de um direito é uma forma de abuso de direito, e, portanto, só ocorrerá se o não-exercício for manifestamente excessivo, segundo a boa-fé, nos termos do artigo 187 do Código Civil. Deste modo, meras tolerâncias do credor, por exemplo, consentindo com certo atraso no pagamento do que lhe é devido, não são suficientes para caracterizar o protraimento desleal (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 186).

¹⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. p. 812 - 836.

comportamento reiterado, provocando na contraparte uma expectativa de que a situação atual, diferentemente do que diz o contrato, irá permanecer enquanto durar a relação contratual”. Deste modo, “a *surrectio* acaba por constituir um novo direito que não fora contemplado no contrato, tampouco na lei”¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

- *Exercício desequilibrado de direitos ou inciviter agere*: há autores que indicam, em conexão com o tema do equilíbrio e justiça contratual, que da boa-fé decorre a vedação do exercício desequilibrado dos direitos, entendido, de um modo geral, como todos os casos nos quais há manifesta desproporção entre a vantagem obtida pelo titular de um direito e o sacrifício imposto à contraparte, ainda que o titular do direito não vise finalidade diversa daquela protegida pela lei¹⁹². De fato, observa-se aqui a invocação da boa-fé como regra de reforço ao equilíbrio contratual, postulando que, diante de alterações nas condições do contrato, este deve ser readequado, mesmo que o fato não seja extraordinário e imprevisível¹⁹³. A rigor, portanto, o que se observa na doutrina é a utilização da cláusula *rebus sic stantibus* a partir de uma base objetiva, oferecida pela boa-fé.

- *Adimplemento substancial*: embora atualmente, a partir da ampla aceitação do caráter complexo da relação obrigacional, entenda-se que houve uma ampliação no conceito de adimplemento, no sentido de que além do cumprimento da obrigação principal é necessária a observância dos deveres laterais, nas prestações derivadas de contratos bilaterais e comutativos, dependendo do conteúdo do contrato ou sua natureza, “se tem admitido uma especial eficácia do cumprimento mediante prestação parcial, o que decorre do princípio da boa-fé em sua finalidade limitativa do direito do credor, para se obstar certos efeitos, quais sejam, a resolução por inadimplemento ou o desapossamento do bem”¹⁹⁴. Essa construção doutrinária é conhecida como tutela do adimplemento substancial do contrato, a partir da qual, com base na boa-fé objetiva, se defende a impossibilidade do exercício do direito de resolução do contrato sempre que houver um adimplemento muito próximo ao final, permitindo-se apenas o pedido de indenização ou a exigência do valor faltante, já que essa situação não é suficiente para abalar o sinalagma contratual. A referida inadmissibilidade do exercício do

¹⁹⁰ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea*. p. 157.

¹⁹¹ Um exemplo seria a habitual distribuição de lucros em uma empresa em dissonância com os estatutos, que poderia, em certas circunstâncias, criar a expectativa nos sócios de que a situação continuaria a se repetir no futuro. O exemplo é de SAMPAIO, Laerte. *A boa-fé é objetiva na relação contratual*. p. 80.

¹⁹² NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 178.

¹⁹³ Nesse sentido, entre outros, NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (*Código Civil Comentado*. p. 383), ao ressaltar a possibilidade de revisão do contrato que teve quebrada sua base objetiva, buscando que “o contrato volte a ser equilibrado, proporcional”.

¹⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. p. 264.

direito formativo extintivo do contrato, com base na boa-fé, prevalece ainda que haja previsão deste direito no contrato ou na própria lei¹⁹⁵, nos casos em que “o descumprimento do contrato seja minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios resultantes do contrato”¹⁹⁶. Verifica-se, nesse contexto, que a boa-fé sinaliza uma ponderação entre os interesses do credor e do devedor, procurando levar em consideração os legítimos interesses econômicos de ambas as partes, bem como o princípio da manutenção do contrato e a concretização de sua finalidade social.

4.6. CONSEQÜÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ

Apresentando-se como uma norma comportamental, a boa-fé reclama a manutenção de um padrão de conduta leal e correta que alcança todas as partes envolvidas na relação contratual ao longo de seu desenvolvimento. Desempenha, nesse contexto, funções de interpretação, de determinação concreta do conjunto de direitos e deveres compreendidos em cada relação, bem como de delimitação das condutas consideradas abusivas.

Em todos esses casos, “está basicamente em causa a prevenção de danos, que poderiam resultar, quer da afectação de bens já integrantes da esfera de qualquer dos participantes da relação, quer da não consecução, ou da consecução imperfeita, dos fins que presidiram à constituição desta”¹⁹⁷. De fato, a boa-fé desempenha relevante papel na determinação das condutas recomendadas para o correto processamento da obrigação, tendo em vista o objetivo visado com o contrato. Procura-se, deste modo, evitar a frustração das legítimas expectativas das partes e a ocorrência de danos.

Importante relembrar, nessa linha, o caráter multifuncional da boa-fé e o fato de que os deveres emergentes desta somente podem ser determinados em cada caso, levando-se em consideração as circunstâncias concretas presentes¹⁹⁸. Certamente, visando colaborar para

¹⁹⁵ Assim, a regra geral contemplada nos artigos 475, 476 e 477 do Código Civil é a de que, não cumprido integralmente o contrato, seu credor pode exigir o cumprimento ou optar pela resolução contratual, cabendo, ainda, indenização por perdas e danos. Entretanto, com base na boa-fé contratual, tem-se uma limitação do exercício desse direito formativo extintivo do contrato, o qual não pode ser exercido quando se verificar o adimplemento substancial da obrigação.

¹⁹⁶ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea*. p. 160.

¹⁹⁷ SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. A Boa-fé como Norma de Validade. In: SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora: 2007. p. 207 – 281.

¹⁹⁸ Nesse sentido, SOUZA RIBEIRO destaca que “o princípio da boa-fé, mais do que qualquer outro, se caracteriza pela *multifuncionalidade*, pelo desempenho, dentro do sistema, de diferenciadas funções reguladoras

o adequado processamento das relações obrigacionais e a satisfação global dos interesses das partes envolvidas, a violação a algum dos deveres impostos pela boa-fé geralmente é avistada apenas quando dessa inobservância surgem danos a alguma das partes ou há frustração do fim contratual. Nesses casos, as conseqüências apontadas pela doutrina são diversas, variando conforme as circunstâncias concretas e o conjunto global dos interesses envolvidos.

Consoante já mencionado, a violação aos deveres emergentes da boa-fé pode ocorrer durante o processo de execução do contrato, após esta ou mesmo antes da conclusão do acordo, casos em que pode fazer surgir a responsabilidade.

Assim, a violação da boa-fé objetiva na fase das negociações preliminares origina a responsabilidade pré-contratual¹⁹⁹. É certo que nem todos os atos preliminares à contratação conduzem a essa responsabilidade, mostrando-se imprescindível a existência de dano e nexo de causalidade entre a ação ou a omissão imputável a um dos sujeitos da relação. Nesse contexto, a responsabilidade surge da interrupção injustificada das negociações preliminares, bem como da violação dos deveres laterais impostos pela boa-fé, avultando, nesse momento, os deveres de informação e lealdade. Nessa linha, afirma MARTINS-COSTA que “incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte”. Continua a referida autora explicando que

na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção de informação e esclarecimento²⁰⁰.

A violação desse dever de observância da boa-fé objetiva na fase pré-contratual conduz a conseqüências diversas, podendo impedir a realização do negócio jurídico, fazer surgir o dever de indenizar ou mesmo invalidar o negócio após concluído, variando conforme as circunstâncias do caso concreto.

Do mesmo modo, durante a fase executiva do contrato – que pode ser mais ou menos longa, a depender do tipo de contrato em questão – a boa-fé está presente,

– de ‘camadas funcionais’ fala, a propósito, Wieacker. Ele é, verdadeiramente, um princípio pluridimensional” (SOUZA RIBIERO, Joaquim de. *O controlo do conteúdo dos contratos*. p. 05).

¹⁹⁹ Anote-se que não se está tratando da responsabilidade emergente dos pré-contratos, cujo inadimplemento faz surgir responsabilidade contratual, em face da existência de contrato que impõe uma obrigação de fazer (celebrar o contrato). Já a responsabilidade pré-contratual ocorre quando ainda não existe contrato, na fase das tratativas preliminares.

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 486 - 487.

principalmente na co-determinação do programa contratual. “Concorrendo a determinar o comportamento devido em virtude da celebração de um contrato, a sua violação traduz um incumprimento contratual, com a correlativa responsabilidade”²⁰¹.

Por fim, no que concerne à eficácia pós-contratual, verifica-se que mesmo após o término do contrato podem restar certos efeitos reflexos, os quais demandam a observância do princípio da boa-fé objetiva. Essa permanência dos deveres laterais é amplamente afirmada pela doutrina a partir da constatação de que “a extinção da obrigação principal não desamarra totalmente os contraentes, subsistindo um vínculo que vai além do dever genérico de não prejudicar outrem”²⁰². Deste modo, mesmo após o adimplemento da prestação primária, a boa-fé impõe às partes a observância de certos deveres laterais, de modo a salvaguardar o fim contratual, bem como a abstenção da prática de condutas que frustrem as legítimas expectativas derivadas do contrato, ou, em outras palavras, busca-se “evitar que uma das partes se veja despojada ou tenha essencialmente reduzidas as vantagens obtidas com a contratação”²⁰³. Violados os deveres impostos pela boa-fé nessa fase, emerge a responsabilidade pós-contratual²⁰⁴, geralmente fazendo surgir o dever de indenizar a parte lesada. As situações são por demais diversas para que se possa enfeixá-las em um rol, mas é possível citar, exemplificativamente, o dever de manter sigilo sobre uma contratação ou o dever do fornecedor de manter peças de reposição.

Percebe-se, pois, nesse contexto, que as soluções apontadas pela doutrina para os casos de inobservância da boa-fé são bastante diversas: ora se propõe a nulidade da cláusula contratual iníqua, ora sua revisão, ou, em casos extremos, a boa-fé pode fundamentar a própria resolução do contrato. Essa variedade de soluções decorre da configuração da boa-fé no Código Civil na forma de uma cláusula geral, a qual apresenta suficiente abertura não apenas para valoração das situações fáticas por ela reguladas, mas também das consequências atribuídas em razão de sua inobservância.

Assim, embora não seja pacífico, a doutrina e a jurisprudência tendem a localizar as consequências da inobservância da boa-fé no plano da validade do negócio jurídico, de modo

²⁰¹ SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. *A boa-fé como norma de validade*. p. 210.

²⁰² SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. p. 678.

²⁰³ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. p. 156.

²⁰⁴ NORONHA esclarece que “a culpa *post pactum finitum*, ou pós-eficácia das obrigações, é o inverso da responsabilidade pré-contratual: nesta, cuida-se de obrigar uma das partes a reparar danos causados à outra antes da conclusão do contrato, ou, com mais precisão, durante o período de negociações preliminares; na culpa *post pactum finitum*, cuida-se da indenização por danos causados após a extinção do contrato. Num caso e no outro, o fundamento é sempre o mesmo: o responsável violou deveres de conduta, impostos pelo princípio da boa-fé” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 203).

que as sanções costumam ser apresentadas na ordem das nulidades. Dessa forma, pode-se anular determinada cláusula contratual, se isso bastar para a readequação do contrato, ou invalidar todo o acordo, quando não for possível adequá-lo aos ditames da boa-fé ou quando essa for a solução que se mostre mais adequada diante das circunstâncias presentes. Com efeito, diante da impossibilidade de se arrolar prévia e taxativamente quais são os deveres e as limitações decorrentes da boa-fé para cada caso concreto, é na análise particularizada, levando em consideração as peculiaridades da situação, que será possível identificá-los e, a partir disso, verificar qual é a extensão do descumprimento e do dano gerado, bem como as possibilidades de manutenção ou não do contrato, indicando-se a sanção aplicável ao caso em decorrência da inobservância da boa-fé.

Nessa linha, avaliando-se o comportamento dos sujeitos contratantes a partir da boa-fé, tem-se que uma conduta contrária pode, por exemplo, fazer surgir o dever de indenizar ou justificar a cessação das tratativas e a não conclusão do contrato²⁰⁵. Embora nesse primeiro contexto não exista referência ao conteúdo do contrato, é certo que também sobre este atua a boa-fé, retirando a eficácia vinculativa de estipulações que contradigam seus mandamentos, com anulação parcial ou total do pacto. Consta-se, assim, que a boa-fé atua tanto como modelo explicativo do padrão objetivo de condutas que deve ser adotado pelas partes, como na delimitação da liberdade contratual. Ressalta aqui a coordenação necessária entre os princípios da autonomia privada e da boa-fé, pois embora a autodeterminação dos interesses particulares seja tutelada pelo sistema jurídico, este também impõe restrições e limites a partir de outros valores igualmente reconhecidos e protegidos²⁰⁶.

Vale mencionar que o entendimento esboçado não é unânime na doutrina nacional. Paulo NALIN, em recente estudo, propõe a inclusão da boa-fé como elemento de existência do próprio negócio jurídico. Deste modo, sustenta a tese de que o contrato realizado sem a observância da boa-fé é *inexistente*, uma vez que a boa-fé é “antes elemento de materialização do negócio do que

²⁰⁵ Nesse sentido, cita-se, exemplificativamente, o dever de informar. Se prestado de forma não satisfatória pode conduzir ao dever de indenizar a contraparte pelos prejuízos experimentados ou justificar a não conclusão do contrato. Neste sentido, cita-se como exemplo a Apelação Cível 591017058, Porto Alegre, TJRS, 5ª Cam. Cív., Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 25/04/91, unânime. Trata-se de um caso já antigo no qual se reconheceu a possibilidade de responsabilidade pré-contratual fundada na boa-fé. No caso concreto, uma das partes desistiu do negócio de compra e venda de quotas sociais de um posto de gasolina porque o vendedor não havia informado que não era o único proprietário do posto. Quando ficou sabendo da existência de outros sócios, desistiu da contratação. Com base na boa-fé entendeu-se que não era caso de responsabilidade pré-contratual da parte desistente, pois o vendedor é que havia atentado contra o dever de informação decorrente da boa-fé (citado por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 477 - 480).

²⁰⁶ Segundo SOUZA RIBEIRO, nesses casos “o que está em causa é a averiguação do respeito por limites de validade legalmente estabelecidos, como condição de produção dos efeitos vinculativos pretendidos” (RIBEIRO, Joaquim de. *A boa-fé como norma de validade*. p. 210).

simples princípio informativo ou conformativo da vontade contratual. Ou seja, é antes elemento essencial do que limite interpretativo. O contrato é antes ‘de boa-fé’ do que ‘conforme a boa-fé’²⁰⁷. Assim, defende que a boa-fé está no plano da existência do negócio jurídico, e não no plano da validade, como prefere a maioria da doutrina nacional. Explica seu entendimento a partir da constatação de que a análise dos elementos de existência do negócio jurídico está se desprendendo de uma esfera subjetivista para passar a um nível no qual os atos do declarante interessam mais do que suas intenções. Há, portanto, uma “objetivação do negócio jurídico”, contexto no qual a boa-fé assume cada vez mais relevância, pois “é justamente por impulso dela que as relações negociais têm se encaminhado para uma apresentação mais objetiva (exterior)”²⁰⁸.

Considerando as funções da boa-fé e o seu alcance nos contratos, sem olvidar a importância das alterações advindas da passagem do Estado Liberal ao Social, conclui o referido autor que

a boa-fé está longe de ser um simples limite à autonomia privada das partes, a operar no nível da validade dos negócios jurídicos. Sim, porque, enquanto limite, ao desbordarem os contratantes da moldura imposta pelo Estado na interlocução negocial, o efeito seria o da invalidade do negócio, ao passo que, se considerada para além de um simples limite, a consequência seria pela inexistência do negócio. (...) A boa-fé não mais ocupa mero espaço circunscripto, antes reservado, apenas, aos elementos de validade do negócio jurídico, como se fosse ela uma espécie de fonte principiológica qualificadora dos demais elementos de validade do negócio e, em oposição, na sua falta, o negócio seria reputado inválido (nulo ou anulável). Atualmente, a sua importância é maior, (...), sendo possível cogitar inseri-la no plano da existência do negócio: dentre outros elementos reputados como essenciais (...), incluir-se-ia a boa-fé, sem a qual o negócio não existiria para o Direito²⁰⁹.

Portanto, em que pese a doutrina civilista, em geral, localizar a boa-fé no plano da validade do negócio jurídico, NALIN, considerando superada a percepção do princípio da boa-fé como simples limite à autonomia privada, conclui pelo seu enquadramento como elemento essencial geral, que dá suporte à própria existência do negócio, de modo que o contrato realizado sem observância à boa-fé não seria inválido, mas inexistente.

Trata-se, com efeito, de uma reflexão interessante, inserida no esforço atual de operação ética do Código e procura seguir as orientações de eticidade e solidariedade que presidiram sua elaboração. A proposta ousa repensar uma das categorias basilares do Direito Civil, a qual, a rigor, tem sido alvo de diversas críticas²¹⁰. Aparecendo como uma categoria

²⁰⁷ NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. p. 15.

²⁰⁸ NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. p. 16.

²⁰⁹ NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. p. 28.

²¹⁰ Nesta linha, o negócio jurídico é identificado pela doutrina, em geral, como uma categoria intimamente ligada à autonomia privada, sendo justamente a predominância desta na conceituação do negócio jurídico que faz com que ele seja alvo de inúmeras críticas dirigidas, atualmente, principalmente, à sua abstração e fundamentos ideológicos.

vasta e complexa, intimamente ligada à autonomia privada, tem-se questionado inclusive a conveniência da manutenção do negócio jurídico, já que destituído das bases ideológicas que impulsionaram sua formulação em razão da evolução social²¹¹. Com efeito, há evidente descontinuidade entre o contexto que forjou a sua moldura clássica e a realidade contemporânea, de modo que a manutenção da figura do negócio jurídico requer o seu repensar, sendo inegável que as transformações das condições circunstanciais de seu surgimento devem ser consideradas em uma reformulação que se apresente em conformidade com as atuais diretrizes sociais e albergadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, impondo-se a compreensão da autonomia privada nos moldes atuais. A proposta apresentada, portanto, agrada na medida em que procura repensar essa categoria clássica e alvo de freqüentes críticas, objetivando colocá-la em harmonia com os princípios da ordem vigente. E ressalta a importância da boa-fé nesse contexto, dado que é ela indicada como elemento apto à concreção dessas transformações. Efetivamente, a importância da boa-fé no cenário jurídico contemporâneo não deve ser minimizada, pois sua recepção inaugura um novo paradigma das relações interprivadas, que se distancia do tradicional – fundado na vontade das partes – para lastrear-se na boa-fé objetiva, a qual, entendida, sinteticamente, como um dever de comportamento leal das partes, pode se apresentar como elemento apto à concretização de um negócio pautado por diretrizes éticas e socialmente justo.

Quanto ao primeiro aspecto, é certo tratar-se de uma figura vasta e complexa, e as críticas são elaboradas a partir do argumento da incapacidade de uma categoria dessa ordem reunir unitariamente figuras bastante diversas entre si, como, por exemplo, contrato, testamento, promessa unilateral e partilha amigável, entre tantos outros. Quanto aos fundamentos ideológicos, a figura do negócio jurídico, mormente em razão de sua origem, é tida como representativa de um período de liberalismo marcado por fatores de ordem filosófica, política e econômica, que não se fazem mais presentes, devido à emergência de um conjunto de mudanças circunstanciais, as quais incluem a presença cada vez mais constante do Estado na economia e nas relações interprivadas e as crescentes limitações impostas à autonomia privada, o que conduziu ao questionamento sobre a própria conveniência na manutenção dessa categoria.

²¹¹ Nesse sentido, AMARAL afirma que o negócio jurídico teria sido uma categoria útil enquanto vigentes os pressupostos de sua elaboração conceitual, mas que sua manutenção não mais se justificaria exatamente porque destituído de suas bases ideológicas em razão da evolução social (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. p. 376). Observa-se, ainda, que há quem ouse afirmar que a manutenção da figura do negócio jurídico no Código e sua recepção pela doutrina seria um verdadeiro retrocesso, fruto de uma “vã tentativa para salvar os valores agonizantes do capitalismo adolescente” (GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil: autonomia privada e negócio jurídico*. p. 83). De fato, o negócio jurídico foi delineado como uma figura necessária ao sistema fundado na liberdade individual, tendo sua razão de ser identificada na exigência de se reconhecer e regular a autonomia da vontade. É certo que as condições sociais, econômicas e políticas que ensejaram a formulação de tal figura não se fazem mais presentes, havendo todo um conjunto de mudanças circunstanciais que devem ser consideradas. Assim, parecem estar com razão aqueles que vêm se empenhando na crítica da figura clássica do negócio jurídico e apontando para sua queda em razão da divergência entre o contexto que forjou a moldura clássica e a realidade contemporânea. Não obstante, a doutrina inclina-se no sentido da manutenção da figura do negócio jurídico, dada a crença na conservação de sua função nas relações interprivadas: configurando-se como um conceito marcado pela presença da autonomia privada – de grande importância na criação, modificação e extinção de relações jurídicas –, apresenta-se como uma construção ampla, apta a reunir princípios comuns às diversas manifestações práticas de vontade através das quais os agentes privados dispõem de seus interesses, contando com a proteção oferecida pelo ordenamento jurídico.

Cogitar da inserção da boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico requer, entretanto, que sejam também consideradas as consequências do negócio realizado sem sua observância, o que não é tarefa simples. Isso porque não apenas a manutenção da categoria do negócio jurídico vem sendo criticada, como o próprio plano da existência é ponto de discussões. Com efeito, as críticas têm sido abundantes, sendo entendida por muitos como uma construção inútil devido à inexistência de distinções relevantes, na prática, entre a nulidade e a inexistência, bem como em razão da dificuldade de identificação de um critério seguro que permita tal distinção²¹². Não obstante, a doutrina majoritária trata do tema da existência do negócio jurídico, a qual pode ser entendida a partir da presença de um suporte fático mínimo, suficiente para que o negócio jurídico seja reconhecido como tal pelo ordenamento jurídico. É uma premissa da qual depende todo e qualquer negócio que pretenda ingressar no mundo jurídico, de modo que só devem ser considerados como elementos gerais essenciais aqueles efetivamente indispensáveis à constituição do negócio. Sendo a base da qual dependem os demais elementos, se um negócio é inexistente, não há que se discutir se é nulo ou ineficaz, nem seria necessária, a rigor, sua desconstituição judicial, porque se trata, em verdade, de um não-ser, que não pode ser valorado.

Negócio inexistente, por conseguinte, seria aquele que não reúne os elementos essenciais à sua formação, de forma que nem chega a se constituir. “É puro fato, sem existência legal”²¹³. A rigor, se o ato foi praticado ele existe no mundo fático; a despeito disso, porém, se não reúne os elementos essenciais para sua formação, não se formou para o Direito, carecendo de substantividade jurídica. Esse negócio, porque inexistente, não seria apto a produzir efeitos, não podendo ser convertido em outro negócio, por exemplo²¹⁴. Em verdade, parece que a dificuldade de caracterização do negócio inexistente resulta justamente dos óbices que surgem quanto à identificação dos elementos gerais que constituem os pressupostos essenciais à estrutura do

²¹² Neste sentido, AMARAL assevera que “a conclusão a que se pode chegar, quanto a esse problema em nosso direito, é que não há interesse prático em distinguir a inexistência da nulidade” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. p. 513). Orlando GOMES também tece acirrada crítica, dizendo que “a teoria da inexistência é tida como uma construção inútil. A falta do objeto pode ser considerada caso de nulidade, e a da vontade, até de anulabilidade. (...) Do ponto de vista prático, é indiferente que o obstáculo à validade do negócio jurídico seja de ordem natural ou legal. Em qualquer hipótese, não valerá. Demais disso, o ato inexistente, (...) é uma aparência de ato. Essa aparência precisa ser desfeita, o que se há de verificar, necessariamente, mediante pronunciamento judicial, a despeito da opinião contrária dos partidários da teoria. O negócio inexistente equivalerá, portanto, ao negócio nulo, ainda que sob outro aspecto. Se, doutrinariamente, é admissível a distinção entre inexistência e nulidade, praticamente não teria utilidade. A lei não pode admitir a categoria dos negócios inexistentes porque, sendo simples fatos sem ressonância jurídica, logicamente, deles não deve ocupar-se” (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. p. 470 - 471).

²¹³ AMARAL, Francisco. *O Direito Civil: introdução*. p. 512.

²¹⁴ Segundo MOTA PINTO, Carlos. *Teoria geral do direito civil*. p. 609.

negócio jurídico, sem, com isso, eliminar o plano da validade, havendo considerável divergência doutrinária quanto ao tema²¹⁵. A importância dessa classificação dos elementos gerais essenciais do negócio jurídico decorre do fato de que, na falta de algum deles, o negócio não existirá, e, sendo negócio inexistente, não são aplicáveis sequer as regras pertinentes às nulidades. Nesta linha, importante observar que a inexistência não é colocada como um terceiro gênero de invalidade, ao lado do nulo e anulável, ou mesmo do ineficaz, pois, analisando-se o negócio jurídico progressivamente nos três planos fica claro que somente aos atos existentes é possível oferecer a qualificação de válido, nulo ou anulável. Neste sentido, AZEVEDO explica que

o negócio aparente, chamado de negócio inexistente, uma vez que não chegou a se projetar no plano da validade, não é nem válido, nem anulável, nem nulo; não representa “um grau a mais”, em relação a qualquer um destes, não se aproxima mais do nulo, nem se afasta mais do válido; seu plano é diverso. O negócio inexistente se opõe ao negócio existente e somente este, por ter passado ao plano da validade, é que poderá ser, de acordo com o preenchimento dos requisitos, válido, anulável ou nulo.²¹⁶

Neste ponto, também merece menção o princípio da conservação – o qual deve pautar a matéria atinente à inexistência, invalidade e ineficácia do negócio jurídico – cuja aplicação encontra limitação nesse ponto, dado que sem a presença de um suporte fático mínimo que permita declarar a existência do negócio, não há elementos suficientes para permitir sua incidência. Esse princípio refere-se à orientação no sentido de se procurar salvar o máximo possível do negócio realizado entre as partes quando de sua análise em quaisquer dos três planos, e o seu fundamento pode ser indicado pelo fato de que, reconhecida a autonomia privada pelo ordenamento jurídico, além da utilidade econômica ou social de cada negócio realizado em concreto, reconhece-se também a sua relevância jurídica. Esse princípio aponta, por exemplo, para as possibilidades de conversão substancial de um negócio em outro (em casos de ausência de algum elemento categorial), bem como de nulidade parcial ou possibilidade de confirmação dos atos anuláveis, as quais não podem ser aplicadas em se tratando de negócio

²¹⁵ Só para ter uma breve indicação da divergência doutrinária sobre o tema, Orlando GOMES e José ABREU FILHO, por exemplo, afirmam que apenas dois elementos são indispensáveis à configuração de uma figura negocial: a vontade e o objeto (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. p. 469 - 470 e ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. p. 339). Outros autores incluem também a forma como um terceiro elemento (neste sentido AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*). Por outro lado, AZEVEDO assevera que a vontade não é elemento essencial intrínseco do negócio jurídico, os quais são identificados como o objeto, a forma e as circunstâncias negociais (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico*. p. 406). Outros entendem que a vontade não é elemento essencial, colocando em seu lugar a declaração de vontade, e NALIN acrescenta a boa-fé.

²¹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico*. p. 65.

inexistente²¹⁷. Nessa esteira, considerando-se a boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico, sua ausência não permitiria, do mesmo modo, a adoção dessas orientações oferecidas pelo princípio da conservação.

Entende-se, por conseguinte, que essa perspectiva da inserção da boa-fé como elemento estrutural do negócio jurídico só faz sentido contemporaneamente, pois seria, desde logo, um empreendimento frustrado se desenvolvido enquanto vigentes os pressupostos que conduziram à construção do conceito clássico. Nesse contexto, a despeito dos atrativos da proposta, entende-se imprescindível averiguar os reflexos que eventual adoção de tal posicionamento acarretaria no âmbito do Direito Contratual, pois o contrato é, na prática, a espécie mais relevante e comum de negócio jurídico. Do mesmo modo, deve-se indagar acerca da viabilidade da adoção desse posicionamento, avaliando-se se a orientação doutrinária e jurisprudencial atual (que caminha no sentido de inserção da boa-fé como requisito de validade do negócio jurídico) não responderia de modo adequado aos anseios sociais, já que nem sempre a declaração da inexistência de todos os negócios jurídicos celebrados sem a observância da boa-fé em algum de seus momentos parece ser a diretriz que atende aos fins econômico-sociais que se pretende alcançar com os contratos.

Por conseguinte, considera-se adequado o entendimento adotado pela doutrina majoritária e recepcionado pela jurisprudência no sentido de, localizando a boa-fé no plano da validade²¹⁸, dosar as conseqüências de sua inobservância a partir da consideração dos mandamentos da boa-fé compreendidos à luz do sistema jurídico e das circunstâncias do caso concreto. Essa posição está em consonância com o princípio da conservação dos negócios jurídicos, o qual domina a matéria obrigacional no Direito brasileiro, guiando tanto o legislador quanto o intérprete-aplicador do Direito para a conservação do máximo possível do negócio jurídico realizado pelos agentes²¹⁹. Isso porque falar sempre em extinção total do contrato celebrado sem observância da boa-fé parece muitas vezes inconveniente para os interesses a tutelar²²⁰. Considerando que cada contrato possui uma utilidade social e econômica, entende-se que havendo vício em algum de seus elementos, abre-se a possibilidade de conversão do negócio pretendido pelas partes em outro tipo, aproveitando-se os elementos presentes e realizando uma conversão substancial ou formal. No mesmo sentido, surge a possibilidade da nulidade parcial do contrato ou mesmo de sua revisão, persistindo o

²¹⁷ Neste sentido, vide AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico*. p. 66 - 71.

²¹⁸ Nessa linha, exemplificativamente, GAGLIANO e PAMPLONA expressamente inserem a boa-fé no plano da validade (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contratos*. p. 22).

²¹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 66.

²²⁰ No mesmo sentido, SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. *A boa-fé como norma de validade*. p. 240.

negócio sem a cláusula defeituosa. Semelhantemente, em casos de conduta defeituosa, pode-se optar pela indenização dos prejuízos dela decorrentes ao invés de se resolver o contrato, desde que tal alternativa baste para a sua readequação. Busca-se, desse modo, salvar o que é possível do contrato no qual haja inobservância da boa-fé por alguma das partes sempre que isso se mostre condizente com os fins pretendidos com o contrato em questão, surgindo a possibilidade de resolução nos casos em que a sua manutenção não seja possível ou vantajosa ao conjunto de interesses presentes.

4.7. A OPERATIVIDADE DA BOA-FÉ CONTRATUAL E OS PRINCÍPIOS DELA DECORRENTES

Partindo das funções atribuídas à boa-fé e sua operatividade no Direito obrigacional, a doutrina identifica, com base na boa-fé, alguns princípios que informam o contrato hodierno. Assim, segundo NALIN, equidade, transparência e confiança seriam todos princípios contratuais contemporâneos decorrentes da boa-fé, os quais, em conjunto com esta, encerrariam “o circuito da atual justiça contratual”, reafirmando o projeto constitucional de um contrato solidário e socialmente justo²²¹.

Nessa linha, NEGREIROS ressalta a ligação entre a equidade e a função interpretativa-integrativa da boa-fé²²², a qual é representativa, ao promover a manutenção do equilíbrio contratual, da justiça que deve imperar no contrato, visando o equilíbrio das obrigações²²³. Neste sentido, a boa-fé

funciona como ‘antecâmara do princípio da justiça contratual’, vale dizer, da equidade, situando-se na própria base da comutatividade contratual, pois inibidora de um comportamento que, v.g., faça incluir no contrato cláusulas agora lidas como abusivas e que imponham ou mesmo sugiram um distanciamento econômico entre as partes e as obrigações pecuniárias (não equivalentes) que assumiram. A justiça contratual, destarte, se baseia na equivalência econômica, e mais adiante, na boa-fé objetiva.²²⁴

²²¹ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 137.

²²² NEGREIROS, Teresa. *O Princípio da Boa-fé Contratual*. p. 228.

²²³ NORONHA ressalta a proximidade entre as noções de justiça e equidade, afirmando que essa concepção vem desde o Direito Romano: “se ainda hoje se diz, repetindo a definição de Celso, que o direito é *ars boni et aequi*, também não se diz que julgar *ex aequo et bono* é decidir de acordo com a equidade? Que justiça e equidade são duas noções que estão bem próximas é-nos sugerido pelo próprio sentido etimológico de *aequum*, indicando igualdade (em latim, *aequalitas*; igual era *aequus* e igualar dizia-se *aequare*)” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 216).

²²⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 144.

Deste modo, a falta de equidade no contrato pode conduzir à revisão ou declaração de nulidade da cláusula iníqua, se tal medida bastar para restabelecer o equilíbrio da relação, ou, ainda, pode levar a uma revisão generalizada do contrato, com reajustamentos ou modificações necessárias para impedir a desproporção econômica eventualmente presente²²⁵.

Outro princípio decorrente da boa-fé é o da transparência²²⁶, o qual se baseia, mais diretamente, no dever de informação que recai sobre as partes envolvidas na relação contratual. Embora se referindo às relações de consumo, LIMA MARQUES explicita que “transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual”²²⁷, noção esta que pode ser estendida a todos os contratos. A importância desse princípio é ressaltada atualmente pela doutrina tendo em vista a difusão dos contratos de adesão, nos quais há certo desestímulo à leitura do instrumento do contrato, já que a parte aderente não tem poder negocial para modificar as cláusulas estabelecidas previamente pelo ofertante. Desse modo, informações claras, completas e precisas mostram-se essenciais para que o aderente possa manifestar de modo consciente e informado sua vontade. Certamente que esse dever não existe apenas nos contratos de adesão, mas em todas as relações obrigacionais, surgindo antes mesmo da conclusão do contrato, no momento das negociações preliminares, mantendo-se por toda a execução e perdurando após esta, tendo sua intensidade determinada pelas circunstâncias presentes no caso concreto, com consideração, inclusive, das condições de compreensão do destinatário da oferta.

Por fim, tem-se que a própria confiança negocial – entendida como um princípio – é decorrente da boa-fé objetiva, pois, atuando na interpretação e integração dos contratos, limitações de direitos subjetivos e criação de deveres laterais que auxiliam no correto processamento da obrigação, a incidência da boa-fé contribui para criar um clima de cooperação na relação obrigacional visando alcançar o resultado finalístico que as próprias partes atribuíram ao contrato. É possível verificar, nessa linha, que mesmo a transparência fomenta a confiança

²²⁵ Interessante, nesse contexto, a teoria da base do negócio jurídico, que, por conta da incidência da boa-fé contratual, tem o seu aspecto objetivo mais valorizado. A respeito, tem-se que o contrato é celebrado sobre uma base negocial composta de elementos subjetivos e objetivos, os quais devem ser mantidos até o término do contrato. De acordo com NERY, a base subjetiva refere-se às representações das partes envolvidas no contrato, enquanto que a base objetiva “é o complexo de circunstâncias externas ao negócio, cuja persistência deve ser razoavelmente pressuposta para que se mantenha o escopo do contrato” (NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. p. 382). Havendo quebra da base negocial, ferindo o equilíbrio contratual, abre-se a possibilidade de resolução do negócio jurídico ou revisão do contrato, com vistas ao seu reequilíbrio (*Idem*, p. 383).

²²⁶ Atualmente, esse princípio é expressamente previsto no *caput* do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

²²⁷ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 715.

negocial entre as partes²²⁸, na medida em que, havendo adequada informação acerca das condições contratuais, podem manifestar sua vontade de forma mais correta e segura.

O princípio da confiança, localizado desde antes da formação do contrato, até a sua execução, dá conta, enquanto na fase da aproximação negocial, de proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e, quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos contratantes. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam.²²⁹

Baseando-se na boa-fé e seguindo, portanto, a tendência de objetivação das condutas contratuais, a confiança negocial parte de um viés objetivo de análise da conduta das partes, valorizando o comportamento exteriorizado em face dos elementos de ordem subjetiva. Busca-se, deste modo, salvaguardar o exato processamento da relação contratual e a consecução das finalidades legítimas buscadas pelas partes com a celebração do contrato²³⁰.

Efetivamente, a tendência de objetivação na análise das obrigações faz sobressair o papel da boa-fé, apta a criar um ambiente confiável entre as pessoas envolvidas em uma dada relação jurídica obrigacional, funcionalizando as condutas contratuais à sua observância. Ameniza-se, nessa senda, o viés egoístico outrora conferido pela absolutização da autonomia privada, passando-se a exigir que as partes atuem conforme a boa-fé durante todo o *iter* contratual.

Embora não se possa prescindir da vontade na realização do negócio jurídico, faz-se mister reconhecer que esta perdeu o caráter absoluto, de modo que não mais basta avaliar a “livre” manifestação de vontade para se apreciar a medida da justiça contratual. Certamente, a vontade é essencial para a formação do contrato, mas outros elementos a ela são agregados, ressaltando-se a boa-fé como expressão da inversão de enfoque operado no Direito Obrigacional: se antes prevalecia a manifestação de vontade livre do indivíduo, protegida pelo princípio da obrigatoriedade, desde que aceita pela contraparte e com prevalência dos interesses patrimoniais, atualmente os princípios contemporâneos impõem limites às consequências dessa manifestação, impelidos pelo mandamento de funcionalização das relações patrimoniais aos interesses existenciais que decorre de uma interpretação sistemática ancorada na Constituição²³¹.

²²⁸ No mesmo sentido, LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 754 - 755.

²²⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 154.

²³⁰ De modo um pouco diverso, mas visando os mesmos objetivos, NEGREIROS conecta a boa-fé à cooperação (NEGREIROS, Teresa. *O Princípio da Boa-fé Contratual*. p. 245).

²³¹ Nessa linha, NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 256 – 257. Para a autora, em termos concretos, agora a parte “deve fazer tudo para colaborar com a outra

É essa nova sistemática de interpretação das relações contratuais, a qual impõe o dever de respeito e solidariedade entre as pessoas em atenção aos seus interesses patrimoniais e existenciais, que resta funcionalizada pela boa-fé. Assim, procura-se evitar o exercício de direitos previstos pelo ordenamento “se, substancialmente, o mesmo resultado poderia ser alcançado através de uma conduta menos gravosa”²³², exigindo-se tanto do credor quanto do devedor um comportamento processual adequado às circunstâncias concretas que permeiam o negócio jurídico. Segundo a boa-fé, por conseguinte, deve haver uma relação de cooperação entre as partes contratantes, com consideração do conjunto de interesses envolvidos e o fim sócio-econômico do contrato. Consoante AGUIAR,

a aproximação dos termos ordem econômica-boafé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fato submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa, etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece com o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas do negócio.²³³

Importante observar, nesse contexto, que a despeito da sistematização apresentada pela doutrina, em um quadro multifacetado de formulações teóricas nem sempre lineares, parte-se de um conjunto de funções e possibilidades abertas a partir da configuração da boa-fé como cláusula geral. E, conforme já ressaltado, o fechamento das possibilidades daí emergentes não parece ser adequado, embora uma sistematização de seu conteúdo à luz do sistema jurídico seja essencial para legitimar sua operatividade no Direito brasileiro.

Assim, entende-se que a boa-fé deve ser compreendida à luz dos princípios reitores do sistema jurídico, localizados na Constituição, pois é apenas considerando essa matriz comum que se pode conferir certa harmonia às aplicações concretas da boa-fé. Destarte, a adequada fundamentação de uma decisão com base na boa-fé deve partir de uma leitura sistêmica, levando-se em consideração a orientação do ordenamento jurídico no qual está inserida e os princípios reitores deste, além das considerações oferecidas pelo caso concreto. Certamente que a tentativa de oferecer padrões ou critérios para concreção da boa-fé e sua

parte desde que não prejudique a si própria de forma tal que o benefício contraposto desnature a função mesma do vínculo” (*Idem, ibidem*).

²³² NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 259.

²³³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. p. 269 - 270.

relação com a autonomia privada não é capaz de conduzir a uma predeterminação que possibilite a aplicação subsuntiva da boa-fé. A atividade do julgador, por conseguinte, é essencial na concreção da boa-fé, legitimando sua utilização e as consequências derivadas com o oferecimento de adequada fundamentação. O processo de verificação das possibilidades emergentes da boa-fé é, pois, um processo contínuo, “abrangente de condicionantes políticas e ideológicas mutantes, que o operador jurídico, ao invés de ignorar, deve esforçar-se por compreender”²³⁴

Outrossim, vale destacar que as potencialidades que se observa a partir da boa-fé não podem conduzir à sua superutilização, sob pena de desfigurar seu sentido²³⁵. Possui, ao contrário, um campo limitado de abrangência, não devendo ser convertida em fonte para qualquer tipo de solução pelo simples fato de ser uma cláusula geral e comportar um conteúdo variável. A aplicação da boa-fé jamais pode deixar de considerar a sua inserção no sistema e as diretrizes oferecidas por este, sem o que não será válida a conclusão fundada na boa-fé. Além de que o conteúdo apresentado pela doutrina a partir do artigo 421 do Código Civil diz respeito à boa-fé objetiva obrigacional, de modo que, embora seja possível cogitar sobre sua aplicação em outros ramos do Direito, essa incidência seria dada a partir do reconhecimento da boa-fé como um princípio geral do Direito, e mereceria, ultrapassando a mera transposição de conceitos, investigação própria.

Ainda no que concerne à incidência da boa-fé objetiva obrigacional, é certo que sua presença é mais evidente em alguns casos – manifestada, principalmente, quando da inobservância de seus comandos surgem danos a alguma das partes envolvidas –, mas não deixa de estar presente em todas as relações obrigacionais. Assim, explica NALIN que cresce de importância o papel da boa-fé à medida que se amplia a vulnerabilidade de forças de uma das partes envolvidas na relação.

Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento sócio-econômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte.²³⁶

²³⁴ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 273.

²³⁵ Nesse sentido, SCHREIBER destaca as dificuldades que emergem da “superutilização da boa-fé”, a qual, em certos casos, a seu ver, sofre, “no âmbito das relações contratuais, uma utilização exagerada, convertendo-se, muitas vezes, em noção depositária de todos os anseios” (SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 116). Acrescenta, ainda, que “invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios” (*Idem*, p. 117).

²³⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 138.

De fato, não se pode negar que a incidência da boa-fé é mais evidente nesses casos, mas isso não pode conduzir ao raciocínio de que seria uma cláusula de proteção exclusiva da parte hipossuficiente da relação. Além de viabilizar essa proteção, a boa-fé possui um campo mais amplo de abrangência, tutelando o adequado processamento da relação compreendida em sua globalidade, de modo que ambas as partes podem ser beneficiadas ou ter condutas impostas ou restritas a partir da incidência da boa-fé²³⁷. Os deveres laterais dela derivados e a limitação do exercício de direitos abrangem quaisquer das partes envolvidas no contrato, visando criar um ambiente de confiança entre elas cujo principal efeito é o fomento das relações contratuais. Com efeito, havendo um ambiente confiável, cresce o incentivo à contratação, impulsionando a circulação de bens e de valores na sociedade. Portanto, para além de proteger as partes, a boa-fé desempenha importante função na promoção de um ambiente contratual sadio, informado por condutas objetivamente transparentes e leais, de modo que ao mesmo tempo em que serve de instrumento para a promoção de um contrato justo na esteira dos imperativos constitucionais, sem descuidar da primazia devida aos interesses existenciais, promove um ambiente confiável e propício à contratação, o que serve para movimentar o tráfego jurídico patrimonial existente em todo ambiente capitalista. Ademais, “a persecução de interesses contrapostos não é empecilho para a construção de um ambiente contratual ético e compatível com a ordem jurídica”²³⁸.

Frise-se que a ordem constitucional brasileira adota o sistema capitalista, mas o funcionaliza ao atendimento da justiça social, colocando a dignidade da pessoa humana como princípio reitor do sistema. Nessa esteira, se utilizada e fundamentada adequadamente, é possível afirmar que a boa-fé aparece como uma dos “instrumentos jurídicos capazes de conformar o Direito Civil à hierarquia de valores e de interesses prevista constitucionalmente”²³⁹.

²³⁷ Nesse sentido, constata ITURRASPE que “*la buena fe objetiva recibe amparo cuando se la considera tanto en su aspecto compromisorio – reclamando del deudor el fiel cumplimiento de la obligación – como en el eximente o absolutorio, cuando concurre en auxilio del deudor frente a un acreedor usurário, a un acreedor que pretende desconocer el cambio de las circunstancias tenidas en vista al contratar, a un acreedor que pretende ignorar el estado de necesidad que aflige a su deudor, a un acreedor, en fin, que intenta ejercitar su derecho de manera abusiva, sea con intención de dañar a su deudor, sea sin provecho alguno para sí, sea contrariando los fines que la ley tuvo en mira al reconocer su derecho subjetivo*” (ITURRASPE, Jorge Musset. *Contratos*. Edición actualizada. Santa Fe: Culzoni, 1998. p. 306).

²³⁸ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Os Efeitos da Constituição em Relação à cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: *Revista da EMERJ*. V. 6, n. 23. Rio de Janeiro, 2003. p. 148. Advertem, ainda, os autores, que “as partes, na prática, concorrem – e o direito não veda, em relações paritárias, que concorram – entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais. O comprador deseja o menor preço, o vendedor, o maior, e não há como esperar que renunciem a tais interesses, que são da lógica do negócio. (...) Sustentar o contrário traduz puro romantismo, ao qual as relações patrimoniais e a prática contratual não podem se adaptar” (*Idem*, p. 148-149).

²³⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 269.

V - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

“Também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um instrumento de realização do projeto constitucional”¹.

A rigor, a menção à função do contrato não é completa novidade². O contrato sempre exerceu uma função congruente com o modelo de organização prevalecente em cada momento histórico e configuração social. Porém, o sentido que a função do contrato assume varia consoante o tipo de organização econômico-social, de modo que não se pode pretender manter incólume a sua concepção liberal em uma realidade qualitativamente muito diversa. Efetivamente, é a relatividade de conformação do contrato como instituto jurídico que explica como “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”³.

Assim, embora a doutrina liberal do contrato seja representativa de um processo real de transformação da sociedade e pretenda aparecer como uma construção neutra, apta a permitir um desenvolvimento ideal do mercado e equilíbrio das relações nele travadas, tornou-se evidente que, com a miríade de transformações experimentadas pelo Estado, sociedade e Direito durante os séculos XIX e XX, restou uma formulação que não mais corresponde aos interesses sociais.

Pretendendo uma renovação da disciplina do contrato, a doutrina liberal procurou dinamizar a circulação de bens no âmbito social, utilizando, para tanto, a autonomia da vontade como base, em uma formulação que respondeu, de fato, aos interesses da classe social que assumia a posição dominante no período. O modelo típico adotado no Oitocentos foi, assim, o de sinalagma, servindo de base para uma visão econômica do contrato como instrumento de troca que objetiva a realização dos interesses individuais dos contratantes. Trata-se de um contexto no qual o contrato assumiu dupla função econômica: “instrumentalizar a livre circulação de riquezas na sociedade e, ao mesmo tempo, indicar o valor de mercado de cada objeto cedido (sua nova ‘utilidade’). Evolui-se, assim, para considerar o contrato menos um instrumento de troca de objetos, mas sim uma troca de valores”⁴.

¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 210.

² Segundo TOMASEVICIUS, a idéia de função social “foi formulada pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar” (TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação*. In: Revista de Informação Legislativa. Vol. 168. Ano 42. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. de 2005. p. 197 - 213. p. 197).

³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 24.

⁴ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 59 - 60.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, na esteira do individualismo e voluntarismo dominantes na sociedade liberal, o contrato desempenha uma relevante função econômica: é o instrumento, por excelência, da circulação de riquezas. Ao lado desta constatação, certamente já existiam preocupações relacionadas à função social do contrato. Predominando a crença no individualismo e voluntarismo, entendia-se que a ampla proteção da autonomia da vontade das partes contratantes e a avaliação dos interesses do credor em termos subjetivistas indicariam o caminho para a realização da função social do contrato, pois a proteção dos interesses individuais de cada sujeito conduziria ao bem de todos, bem como ao desenvolvimento e a harmonia social. Nesse sentido, explica NORONHA que “mesmo ao tempo do individualismo liberal não se negava ao contrato uma função social: o que acontecia era apenas acreditar-se que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos”⁵.

Se essa concepção de função social do contrato se assentava nos pressupostos liberais de auto-regulação do mercado e do acirrado individualismo, constatando-se a falácia da mão-invisível e a insuficiência dos pressupostos liberais no Direito, tal função precisou ser repensada. Ao lado disso, o próprio Estado alterou sua configuração, passando a assumir, na forma de Estado Social, objetivos e funções de cunho social, não mais na perspectiva da manutenção da mera liberdade e da igualdade formal dos indivíduos, mas com vistas ao bem da comunidade. Assumindo uma forma de atuação bastante diversa daquela que caracterizava o Estado Liberal como um Estado mínimo, cuja abstenção era requerida, o Estado Social passa a desempenhar um papel ativo de modo que, embora permanecendo vinculado ao sistema de produção capitalista, passa a intervir na economia e nas relações travadas na sociedade com vistas à promoção de maior igualdade sócio-econômica dos cidadãos.

Assim, insere-se no rol de preocupações estatais projetos de cunho social visando a consecução de medidas capazes de superar, ou ao menos diminuir, as dificuldades geradas pelo liberalismo. Visa-se, com isso, a realização da igualdade material dos cidadãos, limitando-se a autonomia privada com vistas à proteção de parcelas hipossuficientes da população e à concretização de interesses coletivos, bem como se impõe, ao lado da garantia de direitos aos cidadãos, o cumprimento de deveres, expressando-se nas Cartas Políticas o objetivo de promoção do bem-estar social assumido pelos Estados. As Constituições refletem, portanto, essa nova ordem de valores, incorporando normas promocionais dos objetivos sociais, além de princípios informadores da atuação pública e privada. Adotando um modelo mais analítico, as Cartas assumem a orientação de amplos setores da sociedade, sendo que, para além da

⁵ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 85.

organização estatal, interessam-se diretamente pelas atividades classicamente privadas, funcionalizando-as ao atendimento de fins sociais.

Não foi sem resistências, todavia, que a doutrina vanguardista começou a visualizar a função do contrato a partir do filtro do solidarismo social, visando a superação dos excessos causados pelo liberalismo acirrado e pela absolutização da vontade. A rigor, os reflexos desse movimento foram vistos, inicialmente, no âmbito da propriedade, a qual, recebendo os influxos do confronto entre a teoria liberal e a tendência socializante, passou a sofrer limitações e ter sua garantia condicionada ao atendimento de interesses coletivos decorrentes de seu uso. Foi somente mais tarde que esse entendimento se estendeu para o direito das obrigações, devido à resistência dos juristas que, não raro o considerando o ramo do Direito Civil mais refratário às alterações sociais, caracterizavam-no por uma mística da vontade individual no tocante à conclusão do contrato, à regulação dos interesses em jogo e dos seus efeitos. Atualmente, contudo, entende-se que às vontades individuais manifestadas no contrato deve se agregar um fim social, na medida em que o contrato não pode ser pactuado ou desenvolvido em contradição com o interesse social, nem desconsiderar os efeitos que causa no meio no qual se insere. É nesse sentido que MOURA constatava, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, que

a despeito de ter sido o contratualismo a última cidadela do civilismo ortodoxo, é imperioso esperar sua conformidade aos interesses maiores da sociedade. As partes que desejam inserir-se na relação contratual não podem mais exercer o livre jogo de seus puros interesses. Importa adaptar o conteúdo do contrato às exigências do bem comum (...).⁶

Resta o contrato, por conseguinte, funcionalizado aos fins sociais, o que significa, concomitante, mitigação da vontade como base exclusiva do contrato e emergência da função social como princípio integrante de sua estrutura. Logo, se antes a função do contrato estava intimamente ligada aos seus efeitos patrimoniais, ou seja, à autoregulação do mercado a partir da satisfação dos interesses individuais, atualmente o contrato apresenta, ao lado de sua função econômica, uma função social que ultrapassa a mera perspectiva patrimonial. Mesmo estando inserido em um sistema capitalista, não perde, certamente, sua função econômica translativa-circulatória de riquezas, mantendo-se conectado com a autonomia privada. Esta, entretanto, assume um desenho diverso daquele liberal, de modo que o contrato, adequando-se ao novo perfil desta e observando as bases sociais que os princípios da função social e da boa-fé aportam ao contrato, passa a ter sua proteção condicionada ao atendimento de fins sociais e

⁶ MOURA, Mario Aguiar. *Função Social do Contrato*. In: *Revistas dos Tribunais*. Vol. 630. Ano 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./1988. p. 247-249. p. 249. Ressalta-se que o texto foi escrito em janeiro de 1987.

ao respeito aos interesses existenciais, na perspectiva da solidariedade social e dos direitos fundamentais adotados pela Carta de 1988.

5.1. ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS

A funcionalização dos institutos jurídicos, certamente, não se esgota no contrato. Este, a despeito de sua grande relevância para a vida em sociedade, representa apenas uma espécie de instituto jurídico que encontra sua tutela funcionalizada ao atendimento de interesses de ordem social. Mais amplamente, portanto, é possível se falar em funcionalização dos institutos jurídicos e do próprio Direito.

Nessa senda, porém, faz-se mister analisar, primeiramente, o sentido da funcionalização do Direito e a mudança que essa perspectiva representa relativamente à clássica análise estrutural dos institutos jurídicos. Esse ponto assume especial relevância para fins de releitura e de harmonização dos institutos jurídicos integrantes da tradicional teoria geral do Direito – em grande parte herdada dos séculos XVIII ou XIX e impregnada da visão liberal e dogmática do Direito – às transformações econômicas, sociais e jurídicas que conduziram ao perfil contemporâneo da sociedade, a exigir uma compreensão diferenciada do fenômeno jurídico, apta a contribuir para a concretização do projeto social assumido na Constituição. Para tanto, tomar-se-á como base principal um conjunto de artigos de Norberto BOBBIO, nos quais analisa a questão do estudo do Direito a partir da perspectiva funcional, partindo da compreensão deste como um sistema que não é fechado nem independente⁷, mas que deve ser entendido em relação ao meio social no qual está inserido⁸.

⁷ O próprio BOBBIO oferece os termos da distinção entre sistema aberto e fechado: “*sistema chiuso è quello in cui il diritto è stato solidificato in un corpo sistematico di regole che pretendono alla completezza almeno potenziale, le fonti formali del diritto sono rigidamente predeterminate, e fra esse non è compresa l’opera del giurista (la giurisprudenza nel senso classico della parola si risolve in un comentario alle regole del sistema); sistema aperto è quello in cui la maggior parte delle regole sono o vengono considerate allo stato fluido, e in continua trasformazione, non viene posta una netta linea di demarcazione tra fonti materiali e fonti formali, e al giurista viene attribuito il compito di collaborare insieme con il legislatore e col giudice all’opera di creazione del nuovo diritto*” (BOBBIO, Norberto. *Diritto e Scienze sociali*. In: BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 43 - 61. p. 48).

⁸ De fato, o referido autor constata que os juristas têm demonstrado, ultimamente, a necessidade de se estabelecer relações entre o Direito e as demais Ciências Sociais, e observa que é preciso não descuidar desse ponto, pois “*non è la prima volta che ciò accade; ma quando ciò accade è segno che la società attraversa un periodo di profonda trasformazione*” (BOBBIO, Norberto. *Diritto e Scienze sociali*. p. 43). Assim, o Direito deixa de lado o seu fechamento e passa a se preocupar tanto com os reflexos sociais de suas disposições quanto com a sua utilização como instrumento de modificação social.

Com efeito, é importante observar a ampla predominância da análise estrutural do Direito nos últimos séculos, frequentemente ressaltando o nexó estreitíssimo entre coação do Direito e uso de sanções negativas⁹. Frisa-se, entretanto, a relatividade do fenómeno jurídico, pois é possível observar que a concepção do Direito como instrumento formal de protecção e repressão, entendido a partir de sua estrutura, apresentou-se como uma formulação adequada aos ideais do Estado Liberal clássico¹⁰. Mudando-se a configuração do Estado, que passa a assumir objetivos de cunho social, a função do Direito não mais pode ser restrita à manutenção da ordem estabelecida, já que passa a ser considerado um instrumento para a mudança social e adequação da sociedade aos fins maiores eleitos pelas Cartas dos Estados, ganhando uma função promocional. Assim, explica BOBBIO:

Effettivamente il ruolo del diritto nella società viene di solito considerato dal punto di vista della sua funzione prevalente che è sempre stata quella, più passiva che attiva, di proteggere determinati interessi mediante la repressione degli atti devianti. Non c'è dubbio che per svolgere questa funzione, che è insieme protettiva rispetto agli atti conformi, e repressiva rispetto agli atti devianti, la tecnica più idonea sia quella delle sanzioni negative. Ma dal momento che per le esigenze dello stato assistenziale contemporaneo il diritto non si limita più a tutelare atti conformi alle proprie norme ma tende a stimolare atti innovativi, e pertanto la sua funzione non è più soltanto protettiva ma anche promozionale, all'impiego quasi esclusivo di sanzioni negative, che costituiscono la tecnica specifica della repressione, si affianca un impiego, non importa se ancora limitato, di sanzioni positive, che danno vita a una tecnica di stimolazione e di propulsione di atti considerati socialmente utile, anziché alla repressione di atti considerati socialmente nocivi.¹¹

De fato, para BOBBIO, a principal marca da mudança no âmbito jurídico é a valorização da função promocional do Direito, a qual pode ser entendida a partir da utilização

⁹ Na teoria de Kelsen, por exemplo – uma das construções teóricas que mais influenciou os juristas do século passado na compreensão do fenómeno jurídico –, percebe-se essa linha de entendimento, explicando Bobbio que, apesar de Kelsen conhecer a distinção entre sanção positiva e negativa, entende que o Direito se vale da primeira e não da segunda – irrelevante nessa seara –, o que é um traço distintivo do próprio Direito (Cf. BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. p. 72).

¹⁰ Nesse sentido, explica BOBBIO que a concepção estrutural e redutivamente protetivo-repressiva do direito “è connessa con l'immagine di una società in cui lá attività economica primaria, l'attività della produzione dei beni, spetta prevalentemente ai privati, mentre allo stato compete essenzialmente l'organizzazione della forza, cioè la produzione di un servizio indispensabile alla coesistenza, alla coesione, all'integrazione del gruppo sociale” (BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. p. 77).

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Le sanzioni positive*. In: BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 33 - 42. p. 33-34. Significa, em tradução livre, que, efetivamente, o papel do Direito na sociedade é considerado apenas do ponto de vista da sua função prevalente de, mais passiva do que ativa, proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes. Não há dúvida de que, para desempenhar essa função, a qual é também protetiva dos atos conformes, e repressiva dos atos desviantes, a técnica mais idônea é a da sanção negativa. Mas no momento em que, por exigência do Estado assistencial contemporâneo, o Direito não se limita mais a tutelar atos conformes às próprias normas, e, portanto, a sua função não mais é apenas protetiva mas também promocional, ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, que constituem a técnica específica da repressão, adiciona-se um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estimulação e de propulsão de atos considerados socialmente úteis, ao invés da repressão de atos considerados socialmente nocivos.

das “sanções positivas”, ou seja, de mecanismos que não visam apenas impedir a realização de atos socialmente indesejáveis através da imposição de sanções negativas como multas ou penas, mas objetivam a promoção de atos socialmente desejáveis. Certamente que esta função não é novidade no Direito; contudo, a extensão e abrangência que a vem assumindo no cenário jurídico contemporâneo é, de fato, ímpar, evidenciando a insuficiência da visão clássica do Direito formalmente protetivo e repressivo.

Portanto, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e as conseqüentes transformações no âmbito do Direito e do seu aparato conceitual – que não queda imune diante de mudanças tão profundas¹² –, além da ampliação na utilização da técnica de incentivo, entra em crise a concepção do Direito a partir de uma estrutura puramente protetivo-repressiva que é, a rigor, uma concepção do ordenamento jurídico historicamente datada. A ampliação da função promocional do Direito, portanto, expressa a passagem “*dallo stato che, quando interviene nella sfera economica, si limita a proteggere questa o quell’attività produttiva, allo stato che si propone anche di dirigere l’attività economica di un paese nel suo complesso verso questo o quell’obbiettivo*”¹³. Certamente que a utilização de sanções positivas não elimina o uso das sanções negativas, mas, da mesma forma que não se vislumbra a possibilidade de um ordenamento jurídico sem sanções negativas, também, hodiernamente, não mais se restringe a estas.

O incremento da função promocional do Direito traz consigo a necessidade de considerações acerca da transformação funcional deste, cuja análise é insuficiente na teoria tradicional. A rigor, o reconhecimento da função promocional não altera muito a estrutura do Direito (pois, estruturalmente, tanto uma norma pode reprimir quanto incentivar um comportamento), mas sim seu aspecto funcional, pois, nesse sentido, não é mais possível o entender apenas como uma forma de controle social. “*La funzione di un ordinamento giuridico non è solo quella di controllare i comportamenti degli individui, (...) ma anche*

¹² A partir de uma análise perfunctória já é possível observar que, mesmo do ponto de vista estritamente jurídico de uma teoria estrutural do Direito, os Estados Liberal e Social são diversos relativamente aos meios jurídicos utilizados: “*lo stato liberale è caratterizzato da una sfera molto ampia di autonomia privata, cioè da una sfera di comportamenti che sono regolati da quella forma specifica di produzione normativa che è il negozio giuridico, in particolare il contratto*” (BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. p. 79), enquanto o Estado Social trabalha com um diferente perfil de autonomia privada, consideravelmente mais limitada que sua versão liberal, tendo em vista os objetivos de cunho social assumidos, cuja concretização depende de um comprometimento conjunto do Estado e da sociedade.

¹³ Significa, em tradução livre, a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu complexo em direção a este ou àquele objetivo (BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. p. 80).

quella di dirigere i comportamenti verso certi obiettivi prestabiliti”¹⁴, de modo que, do ponto de vista funcional, é possível o entender como forma de controle e direção social.

Não obstante, a compreensão do Direito prevalecente, contemporaneamente, ainda é uma concepção repressiva. De fato, *“il predominio della teoria pura del diritto nel campo degli studi giuridici ha avuto per effetto che gli studi di teoria generale del diritto sono stati orientati per lungo tempo più verso l’analisi della struttura degli ordinamenti giuridici che non verso l’analisi della loro funzione”*¹⁵. Essencial, portanto, evidenciar a compreensão da funcionalização do Direito tomado como um sistema aberto aos influxos sociais e ao inter-relacionamento com outros campos do conhecimento, pois se para a compreensão do Direito como estrutura formal poderia ser suficiente o tomar como um sistema fechado e independente, neutro e indiferente aos influxos sociais, essa visão não mais se mostra adequada às demandas hodiernas, quando há preocupações voltadas à consideração do Direito como instrumento de concretização dos interesses maiores da sociedade e de mudança social¹⁶. Com o advento do Estado Social, interessando-se pelas relações sócio-econômicas

¹⁴ Em tradução livre, significa que a função de um ordenamento jurídico não é apenas a de controlar os comportamentos dos indivíduos, (...) mas também a de dirigir os comportamentos em direção a certos objetivos predeterminados. BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. p. 87-88.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Premessa*. In: BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 08. Em tradução livre, significa que o predomínio da teoria pura do Direito no campo dos estudos jurídicos tem acarretado o efeito de que os estudos sobre a teoria geral do Direito têm sido orientados, durante longo tempo, mais para a análise da estrutura do ordenamento jurídico do que para a análise de sua função.

¹⁶ Para a difusão da compreensão estrutural do Direito foi fundamental a obra de Hans Kelsen, apresentando a Teoria Pura do Direito. Pretendendo elevar o Direito ao nível das demais ciências, com ideais de objetividade e de precisão, entendia Kelsen que a ciência do Direito não deveria se interessar pelos valores, considerados manifestações da irracionalidade. Logo, preocupava-se mais em saber *“como il diritto sai fatto che a che cosa serve”* (BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. In: BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 63 - 88. p. 63). Uma das grandes contribuições kelsenianas é a idéia de ordenamento jurídico como sistema, como um conjunto de normas em relação de interdependência entre elas e com o todo. Porém, BOBBIO especifica que, para Kelsen, a representação do ordenamento jurídico como um sistema é apresentada a partir da perspectiva estrutural, e não funcional, pois é entendido como *“un sistema che ha una certa struttura, e che è caratterizzato proprio dall’aver questa e non quella struttura”* (BOBBIO, Norberto. *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*. p. 205). Por conseguinte, para Kelsen, uma norma não é considerada jurídica em razão de seu conteúdo, mas pertence ao sistema quando produzida consoante o procedimento estabelecido pela norma superior, ou seja, analisando-se a forma como as normas são unidas umas às outras no sistema, em uma análise estrutural. Logo, importante sublinhar que essa doutrina acaba, concomitantemente, privilegiando uma análise estrutural e afastando-se da concepção funcional do Direito, sem permitir, dessa forma, considerações acerca do seu fim. Isso porque, segundo BOBBIO, Kelsen possui uma concepção instrumental do Direito, o qual, sendo um meio, e não um fim, pode ser usado para atingir finalidades diversas, como bem mostra a história. Assim, o fim não faria parte da essência do Direito. Com isso, exaure a análise funcional deste, pois *“la funzione del diritto è quella di permettere il raggiungimento di quei fini sociali che non possono essere raggiunti con altre forme (più blande, meno costrittive) di controllo sociale. Quale sono est finis varia da società a società: è un problema sottrico, non un problema che possa interessare la teoria del diritto”* (BOBBIO, Norberto. *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*. p. 211). Do ponto de vista funcional, o Direito, para Kelsen, é uma técnica determinada de controle social, cuja especificidade consiste no uso de meios coercitivos para conduzir as pessoas a fazer ou não algo, ou seja, é especificamente aquela forma de controle social fundada no uso da força

travadas na sociedade, o perfil protetivo-repressivo não se mostra mais suficiente. Precisando o Estado intervir, com frequência, nas relações econômicas, utiliza o Direito, o qual assume, cada vez mais, uma função promocional.

Frise-se, entretanto, que a análise funcional do Direito é apresentada em adição à análise estrutural, e não para suprimi-la. De fato, o Direito não perde a função repressiva, a qual geralmente é indicada como seu elemento caracterizador; apenas se reconhece que esta não é a sua única função, pois, seguindo a tendência de buscar prevenir e direcionar a sociedade para a consecução dos fins eleitos pela Constituição, ao lado das normas repressivas, surge um complexo de normas de organização social. Assim, em uma sociedade que não busca apenas a manutenção das condições sociais já consolidadas, mas procura alcançar determinados objetivos sociais, a análise funcional dos institutos jurídicos é essencial, devendo-se sempre verificar sua maior ou menor utilidade social. É a partir de uma análise funcional do Direito que se evidencia que este pode ser usado tanto para a manutenção quanto para a mutação das condições sociais existentes, em ambos os casos com vistas à concretização dos objetivos adotados por cada ordenamento jurídico¹⁷.

(Cf. BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. p. 66). Apresenta, portanto, uma visão essencialmente instrumental do Direito, entendendo que seu fim varia de sociedade para sociedade, sendo este um problema histórico que não interessa para a Teoria Pura do Direito, o que, segundo BOBBIO, contribuiu para a consideração da irrelevância do estudo da função do Direito (BOBBIO, Norberto. *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*. p. 95). Por conseguinte, se nessa análise estrutural a contribuição kelseniana é fundamental e amplamente estudada, no âmbito da análise funcional do Direito a difusão da doutrina kelseniana contribui para a manter mais ou menos no mesmo nível de desenvolvimento no qual se encontrava antes desta, isto é, permanece ligada ao conceito de ordenamento coativo, o que não parece amplamente apropriado para representar a complexidade do Direito da sociedade contemporânea. É importante observar, nessa esteira, que essa suspensão ocorre justamente em um período no qual a sociedade experimenta grandes transformações, “e questa trasformazione avrebbe fatto emergere una diversa funzione del diritto che i giuristi del secolo scorso non avevano potuto neppure prevedere” (BOBBIO, Norberto. *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*. p. 213). Exige-se, por conseguinte, que a análise do Direito acompanhe o conjunto das mudanças sociais. A rigor, a análise estrutural do Direito não é capaz de imunizar a sua teoria das influências ideológicas dadas pela função, mas permite que este fator seja negligenciado, mascarando-se as posições políticas existentes nos conceitos tradicionais aparentemente neutros do Direito (Cf. BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. p. 65-66). Parece difícil, efetivamente, subtrair ao Direito qualquer interpretação teleológica, senão por outro motivo, porque entre todos os fins possíveis há um mínimo comum dado pela ordem ou paz social, o qual requer a atuação do Direito para que seja alcançado. Nesse sentido, explica BOBBIO: “se si ammette che il diritto possa servire a raggiungere i fini più diversi, ma nello stesso tempo si ammette che il fine dell'ordine non può essere raggiunto che attraverso il diritto, il diritto non è soltanto un mezzo, ma ha un fine, o meglio, è un mezzo specifico per un fine specifico” (Cf. BOBBIO, Norberto. *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. p. 67).

¹⁷ Anote-se, em tempo, que, para BOBBIO, na expressão “função do Direito”, entende-se por *função* a prestação continuada dirigida à conservação e desenvolvimento de um determinado corpo ou organismo. Deste modo, a função do Direito diz respeito tanto à sociedade como um todo, quanto aos indivíduos que são partes componentes dessa sociedade e interagem entre si e com o todo. Isso porque o Direito tem por funções a integração social e a satisfação das necessidades fundamentais do homem, as quais não são dimensões reciprocamente excludentes, mas complementares. No mesmo sentido, BOBBIO conclui que “queste due prospettive non sono affatto incompatibili: anzi ritengo che un'analisi funzionale che pretenda di essere completa dovrebbe tener conto di tutte e due” (BOBBIO, Norberto. *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*. p. 113). A respeito das correntes que adotam somente uma ou outra dessas perspectivas, ver o mesmo texto, páginas 111-112.

Destarte, a análise do Direito, contemporaneamente, deve partir da premissa de que este possui uma estrutura e exerce uma função, a qual pode variar de ordenamento para ordenamento em razão das condições sócio-econômicas presentes em cada momento histórico. Portanto, a leitura dos institutos jurídicos deve ser feita considerando ambas, estrutura e função. O reflexo da valorização da função do Direito reflete a mudança da prevalência de normas de controle social dotadas de sanções negativas, para um controle social fundando mais em normas “*cui forza deriva dal collegamento mezzo-fine*”¹⁸, ou seja, nas quais a observância de determinados atos permite alcançar os fins almejados. Logo, a avaliação da função do Direito muda consoante os fins eleitos pelo sistema, seja o fim último ou os fins intermediários, os quais direcionam as atividades para a consecução do fim principal. Nas palavras de BOBBIO, “*la logica dell’analisi funzionale è la logica del rapporto mezzo-fine, per cui un fine, una volta raggiunto, diventa un mezzo per il conseguimento di un altro fine, e così di seguito sino a che ci si ferma a un fine posto come ultimo*”¹⁹. Por conseguinte, analisar o Direito em razão do fim último eleito pelo ordenamento não exclui a consideração dos instrumentos hábeis à consecução de tal fim.

Importante observar que esse entendimento aparece em consonância com a linha adotada pela Constituição brasileira de 1988, qual em diversos artigos emprega a expressão “promoção” ou similares, em uma evidente recepção da idéia de que o Direito possui uma função promocional, podendo ser utilizado como importante instrumento para mudança social, no sentido da concretização dos objetivos assumidos pela Carta. Dentre as diversas previsões constitucionais que se inserem na linha de funcionalização do Direito ao atendimento de determinados fins²⁰, é exemplar o artigo 3º da Constituição²¹, o qual apresenta os objetivos fundamentais da República, que servem de orientação para a análise funcional do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, a partir de uma perspectiva funcional, entende-se que o Direito não é caracterizado apenas por contar com uma estrutura peculiar, mas também pelos seus fins específicos. Se não há uma relação direta entre estrutura e função (pois a mesma estrutura

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Diritto e Scienze sociali*. p. 54.

¹⁹ Em tradução livre, significa que a lógica da análise funcional é a lógica da relação meio-fim, pela qual um fim, uma vez atingido, torna-se um meio para a consecução de um outro fim, e assim sucessivamente até que se fixe no fim posto ou aceito como último (BOBBIO, Norberto. *L’analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*. p. 113).

²⁰ Apenas para citar alguns exemplos, pode-se indicar o art. 5º, XXIII, art. 11, art. 21, art. 23, art. 30, art. 151, art. 161, art. 170, art. 182, art. 192, art. 216, art. 218, art. 225 e art. 227.

²¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

jurídica pode servir a fins diversos, assim como o mesmo fim pode ser alcançado por instrumentos diferentes), não é possível dizer que sejam completamente independentes, já que modificações na função do Direito podem acarretar mudanças na sua estrutura, e vice-versa²². Em uma análise estrutural-funcionalística do Direito, conseqüentemente, há que se considerar tanto a estrutura do ordenamento jurídico, como os fins eleitos, utilizando os meios disponíveis para a consecução dos objetivos assumidos.

Superando-se a mera análise estrutural do Direito, o reconhecimento da necessidade de consideração da perspectiva funcional significa que a sociedade e cada um de seus integrantes passam a se preocupar-se com os efeitos que as normas jurídicas produzem e podem produzir, não apenas no que concerne à perspectiva tradicional de proteção e manutenção da ordem vigente, mas também no tocante às “novas funções de natureza distributiva, promocional e inovadora”²³, ou seja, à utilização do Direito como um instrumento hábil a direcionar a sociedade para a consecução dos objetivos assumidos pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido que surgem as construções doutrinárias acerca da função social dos institutos jurídicos, alcançando, primeiramente, a propriedade, e, posteriormente, espalhando-se para outros institutos, inclusive o contrato.

5.2. A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DOS INSTITUTOS JURÍDICOS

É possível observar na doutrina que, de um modo geral, as preocupações com a função social dos institutos jurídicos começou a partir do início do século XX, voltando-se contra a visão individualista, então majoritária. Com efeito, toda a tradição jurídica burguesa, herdada do Estado Liberal, destinava-se à exclusiva proteção da vontade e da liberdade individuais, encontrando nesse ponto o ideal de justiça social. Os excessos nessa concepção, ocorridos durante o século XIX e primeiras décadas do século XX, conduziram uma parcela vanguardista da doutrina a adotar um posicionamento diverso, visualizando no Direito a existência de vínculos de solidariedade social, os quais deveriam ser protegidos e estimulados. Assim, passou-se a falar na funcionalização dos institutos jurídicos aos fins assumidos pelo sistema, expondo-se a preocupação com as necessidades e demandas sociais. Já nas primeiras décadas do século XX, León Duguit afirmava que os sistemas jurídicos se fundavam em uma

²² Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*. p. 120 - 121.

²³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 364.

concepção social e, a partir da teoria sociológica de Emile Durkheim, procurou expor uma norma para que o Direito alcançasse sua finalidade, tomando por base a solidariedade social, que deveria ser a orientação suprema para a conduta humana. Assim, explicava DUGUIT:

Em uma palavra, chegamos ao mesmo, ao fato da função social, à noção realista de função social, que substitui em absoluto a concepção metafísica do direito subjetivo. As sociedades modernas não se compõem somente de indivíduos, mas também de grupos. Os indivíduos são, sem dúvida, as células que compõem o organismo social. Mas ao mesmo tempo se unem uns com os outros e formam grupos, cada um desses grupos está encarregado de uma certa missão: deve, portanto, cumprir uma certa tarefa na divisão do trabalho social. Todo ato de vontade que tenda ao cumprimento dessa missão, a realização dessa tarefa, deve ser socialmente protegido.²⁴

Para DUGUIT, portanto, o Direito não pode ser entendido como um fim em si, mas sim como um instrumento a serviço da sociedade. Nessa linha, reconhecendo que o indivíduo não é auto-suficiente, mas depende de uma relação de interdependência social para sobreviver, passou a sustentar que os institutos jurídicos também tinham uma função social, na medida em que seu exercício e titularidade não deveriam ser voltados apenas para a egoística satisfação dos interesses pessoais do seu titular, mas também atender uma função social.

É possível constatar, em geral, que, em um primeiro momento, as preocupações doutrinárias destinavam-se muito mais a apontar as falhas e insuficiências do projeto moderno, amplamente dominante, do que a sistematizar as recentes idéias de função social dos institutos jurídicos ou a construir uma ferramenta normativa²⁵. Reconhecendo-se, entretanto, que o exercício de direitos subjetivos pode conduzir a ofensas a valores socialmente assegurados pelo sistema, bem como que, para além da estrutura formal, os institutos jurídicos possuem uma função instrumental dada pelos fins indicados pelo sistema jurídico, começaram a ser incorporados à legislação elementos de preocupação social. Assim, por exemplo, no Brasil, embora não se tenha formalmente inserido no antigo Código Civil de

²⁴ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones de derecho (publico e privado)*. Trad. de Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 32. É a partir dessas idéias que DUGUIT passa a falar na propriedade não como direito subjetivo, mas como um dever, como propriedade-função. Entende, assim, que a propriedade deve ser usada em serviço da sociedade, pois, para ele, “o homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las” (DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. 2. ed. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 27). Certamente, que há certos excessos na doutrina de DUGUIT, mas foi importante para impulsionar os estudos sobre a função social.

²⁵ Segundo SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2003. p. 99 - 126. p. 110.

1916 um princípio de alcance geral, surgiram diversas legislações específicas que amenizaram a força dos clássicos princípios sociais²⁶.

É nesse contexto que se passa a falar em funcionalização dos institutos jurídicos, a qual pode aparecer vinculada ao conjunto de regras positivas, que busca alcançar certo resultado, ou a um ou alguns institutos jurídicos específicos, como contrato e propriedade²⁷. Nessa linha, ao lado de preocupações com a estrutura dos institutos jurídicos, atenta-se para a sua função, ou seja, para o papel que determinada norma desempenha em um dado sistema²⁸. Segundo AMARAL, a funcionalização dos institutos jurídicos representa a preocupação com a eficácia social da norma jurídica, implicando o reconhecimento de limites “que o ordenamento jurídico, ou algum de seus princípios vinculantes, estabelece para o exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas)”²⁹. É justamente em decorrência dessa preocupação com a eficácia social dos institutos que se passa a falar em função social.

Portanto, se a função aparece relacionada ao fim desempenhado por determinado instituto jurídico dentro do sistema, essa função é reconhecidamente social na ordem jurídica brasileira, em consonância com o disposto na Constituição da República de 1988, a qual, indiscutivelmente, alberga um conjunto de princípios que oferecem primazia ao social³⁰. Nesse sentido, observe-se, por exemplo, que, ao lado da proteção da propriedade privada e dos direitos subjetivos, a Carta apresenta em seu vértice a dignidade da pessoa humana, adotando, já em seu artigo terceiro, a meta de construção de uma sociedade livre, justa e solidária entre os objetivos fundamentais da República. Evidente, em síntese, a preocupação com o fator social e sua localização na base do sistema jurídico brasileiro, de modo a servir de diretriz orientadora da compreensão da normativa infraconstitucional como um todo.

Observe-se, contudo, que a correta compreensão de um instituto jurídico pressupõe a combinação dos dois perfis, estrutural e funcional. Não se deve, por conseguinte, ignorar a estrutura de cada instituto jurídico, mas ter presente que a análise não se esgota nela, observando-

²⁶ Pode-se citar, entre outras, a legislação trabalhista e consumerista, as quais limitaram consideravelmente o âmbito de autonomia privada dos contratantes.

²⁷ Nesse sentido, SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2003. p. 127 – 150. p. 134.

²⁸ Segundo PERLINGIERI, estrutura e função representam, de um ponto de vista metodológico, a natureza de qualquer noção (PERLINGIERI, Pietro. *Diritto civile nella legalità costituzionale*. p. 443).

²⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. p. 364.

³⁰ Certamente que a função social não assume uma conotação político partidária referente ao socialismo; ao contrário, apresenta-se em harmonia com o disposto na Carta de 1988, a qual recepciona o capitalismo ao mesmo tempo em que apresenta, em sua base, o princípio da dignidade da pessoa humana, almejando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

se que a função é critério que interessa diretamente ao jurista, uma vez que o jurídico não pode ser compreendido separadamente do perfil social³¹.

Nesse contexto, no que concerne à função dos institutos jurídicos, explica SILVA que

ao supor-se que um determinado instituto jurídico esteja funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida, restando estabelecido pela ordem jurídica que há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função. Mais do que um poder atribuído ao titular (no sentido de direito subjetivo atributivo de faculdades) está-se falando de um poder-dever, ou seja, uma faculdade que está umbilicalmente ligada ao cumprimento do fim por conta do qual é aceita no direito.³²

Assim, entende-se que a afirmação da função social dos institutos jurídicos implica no reconhecimento de que os interesses sociais se sobrepõem aos individuais, sem que isso implique, contudo, a anulação da pessoa e de sua dignidade. Para AMARAL, a função social justifica-se pela necessidade de acabar com as injustiças sociais, configurando uma idéia que deve ser entendida em relação ao quadro ideológico e sistemático no qual está localizada. Refere-se, portanto, à realização dos interesses sociais sem desconsideração daqueles de ordem individual. “Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica”³³. É esse o sentido que assume a função social dos institutos jurídicos contemporaneamente, ressaltando-se a primazia do social sem a eliminação dos interesses individuais, em uma leitura da norma jurídica orientada pela Constituição e sua ordem de valores.

Importante ressaltar, entretanto, que, a despeito da orientação adotada, não se trata de uma idéia pacífica na doutrina. Ao contrário, avulta a imprecisão das bases nas quais se assenta a atual doutrina brasileira da função social dos institutos jurídicos, pois, embora a idéia básica venha sendo desenvolvida no cenário jurídico mundial há cerca de um século, são as recentes modificações do Direito Civil brasileiro, com o advento da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, que impulsionaram o estudo no âmbito nacional. Além disso, embora agrade à civilística contemporânea, não é um discurso simples em face da vocação dogmática ainda presente no Direito Civil³⁴.

³¹ Nesse sentido, PERLIGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive patrimoniali*. p. 444.

³² SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. p. 134.

³³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. p. 364.

³⁴ Nesse sentido, NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 218.

Em meio a essa multiplicidade de idéias, TOMASEVICIUS Filho³⁵ identifica ao menos três significados para a expressão “função social”.

O primeiro assume o sentido de finalidade ou papel, acepção ampla segundo a qual todos os institutos jurídicos possuem uma função social. Refere-se às múltiplas funções que possuem os institutos jurídicos, abrangendo tanto as questões concernentes à função social, quanto à função econômica dos institutos³⁶. Esse significado é apresentado no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao estabelecer que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O segundo sentido, mais estreito, é aquele no qual a função representa a idéia de “serviço realizado em benefício de outrem. A função indica relação entre duas pessoas, sendo que uma delas age ou presta um serviço em benefício da outra”³⁷. Um exemplo seria a tutela, na qual o tutor age no interesse do tutelado. No caso da função social dos institutos jurídicos, o beneficiário da relação funcional é a sociedade, de modo que se exige que o exercício de um direito se dê, também, em benefício da sociedade, ou, ainda, a imposição de determinados deveres para quem o exerce, os quais se dirigem à salvaguarda de interesses sociais. É nesse sentido que, segundo TOMASEVICIUS, fala-se que a função social é um “poder-dever”:

de um lado, o titular do direito subjetivo tem direito – isto é, tem um poder, uma faculdade – em face de uma pessoa, da sociedade ou do próprio Estado. Estes têm a obrigação de sujeitar-se a esse poder, de respeitar esse espaço de liberdade do titular do direito subjetivo. De outro lado, o titular do direito subjetivo também é obrigado a cumprir com determinados deveres de ação e abstenção em face de terceiros. Surge, pois, para o indivíduo, um feixe de deveres que devem ser observados no exercício de determinado direito.³⁸

Nessa linha, a função social ao mesmo tempo em que permite o exercício de um direito, exige que esse exercício seja desenvolvido em consonância com os interesses sociais que possam estar presentes. É nesse sentido que a função social da propriedade, por exemplo, é apresentada no artigo 186 da Constituição da República de 1988, exigindo que o exercício do direito de propriedade parta de uma utilização racional e adequada do solo, respeitando o meio-ambiente e os recursos naturais, com observância das relações de trabalho e promoção do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

³⁵ TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato*. p. 200 - 202.

³⁶ Tomasevicius exemplifica a abrangência desse sentido de “função social” com o instituto da propriedade, que possui diversas funções ou papéis. “Pode funcionar como bem destinado à moradia, ou para a subsistência de quem mora no campo, ou para o exercício de atividade econômica. Também funciona como reserva de valor (...)”. TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato*. p. 200.

³⁷ TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato*. p. 201.

³⁸ TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato*. p. 201.

Já o terceiro sentido, segundo TOMASEVICIUS, seria um significado impróprio, que liga a função social à “responsabilidade social”³⁹. Assim, por exemplo, com relação à empresa, faz surgir deveres relacionados à preservação da natureza ou ao financiamento de atividades culturais.

É, sobretudo, o segundo sentido de função social que vem sendo adotado e desenvolvido pela doutrina pátria, tanto no que concerne à função social da propriedade, como à função social do contrato e da empresa. Reconhece-se, nessa linha, que a função social dos institutos jurídicos decorre diretamente da base constitucional brasileira, dos seus fundamentos sociais e da justiça que deve presidir as relações econômicas.

Certamente que o reconhecimento da função social dos institutos jurídicos implica em restrições ao exercício de direitos subjetivos, pois serão reprimidas ou vedadas todas as condutas que atentem contra os imperativos sociais assumidos pela ordem jurídica. Não há, contudo, eliminação da autonomia privada, sendo considerada “legítima a liberdade de iniciativa quando exercida e desenvolvida segundo os parâmetros da justiça social e com escopos que atendam à existência digna do ser humano”⁴⁰.

Atualmente, não se pode ignorar que à função social é atribuída a especial virtude de incluir preocupações de ordem social, com terceiros não diretamente abrangidos pela relação jurídica, indo ao encontro de um modelo de sociedade mais solidária, consoante imperativos oferecidos pela carta constitucional. Porém, se a doutrina da função social da propriedade no âmbito do Direito Civil experimentou um maior desenvolvimento, a ponto de contar com densificações na própria Constituição, no âmbito contratual está a demandar maior estudo. Manter a função social do contrato em bases muito fluidas, a despeito da salutar abertura que possa oferecer, traz o risco de não ser aplicada aos casos concretos, tornando-se um elemento esquecido ou pertencente exclusivamente à teoria do Direito Civil, ou, por outro lado, de receber uma superaplicação, justificando soluções díspares não reconduzíveis à cláusula geral da função social do contrato, o que, do mesmo modo, não é recomendável. Assim, cumpre, partindo de uma breve visita à função social da propriedade, cujo desenvolvimento doutrinário é maior, analisar a função social do contrato em uma perspectiva sistêmica, reconhecendo sua localização no Código Civil como uma cláusula geral, mas mantendo sempre em vista a orientação constitucional.

³⁹ TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato*. p. 202.

⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 4, n. 16, out./dez. 2006. p. 27- 42. p. 32.

5.2.1. A Função Social da Propriedade

Muito antes da previsão da função social dos contratos no texto do Código Civil a função social da propriedade já encontrava assento legislativo. Assim é que o Estatuto da Terra – Lei 4.504/64 – fazia expressa referência à função social da propriedade, vinculando a proteção da propriedade ao atendimento da sua função social. Nessa linha, já no artigo 2º constava que “é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei”⁴¹. Após importante desenvolvimento doutrinário, foi a função social da propriedade consagrada na Constituição da República de 1988 como um direito fundamental, inserido no artigo 5º, XIII a partir da fórmula “a propriedade atenderá a sua função social”.

Essa anterioridade cronológica no desenvolvimento da função social da propriedade fez com que parte da doutrina visualizasse a presença da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da edição do Código Civil de 2002, como um corolário da função social da propriedade⁴². Entretanto, se é certo que a doutrina da função social do contrato foi nitidamente influenciada por aquela da propriedade, isso não é o mesmo que afirmar que são equivalentes. É possível perceber, nessa linha, que a doutrina contemporânea tende ao entendimento de que são categorias específicas que merecem ser analisadas

⁴¹ Continuava, o referido artigo, explicitando a questão: “§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam. § 2º É dever do Poder Público: a) promover e criar as condições de acesso do trabalhador rural à propriedade da terra economicamente útil, de preferência nas regiões onde habita, ou, quando as circunstâncias regionais o aconselhem em zonas previamente ajustadas na forma do disposto na regulamentação desta Lei; b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo. § 3º A todo agricultor assiste o direito de permanecer na terra que cultive, dentro dos termos e limitações desta Lei, observadas sempre que for o caso, as normas dos contratos de trabalho. § 4º É assegurado às populações indígenas o direito à posse das terras que ocupam ou que lhes sejam atribuídas de acordo com a legislação especial que disciplina o regime tutelar a que estão sujeitas”.

⁴² Nesse sentido, MIRAGEM expõe que “a expressão *função social*, no Direito Privado, tem sua origem normativa vinculada à função social reconhecida à *propriedade*, por ocasião da sua previsão nas Constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919” (MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 56. Ano 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out./dez. 2005. p. 22 - 45. p. 24). Também LÔBO observa a vinculação entre a função social da propriedade e do contrato: “a propriedade é o segmento estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA Jr., Eduardo Messias Gonçalves de (coord.). *A teoria do contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p.09- 23. p. 16 - 17). Também DINIZ pontua que “esse dispositivo é mero colorário do princípio constitucional da função social da propriedade e da justiça (CF, art. 5º) norteador da ordem econômica” (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. *Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21 ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 38).

propriamente, ressaltando-se que “a qualidade de função social, não a possui apenas a propriedade, senão também projeta-se ela sobre outros institutos do Direito Privado”⁴³.

O marco inicial do desenvolvimento da função social da propriedade é identificado pela doutrina na Constituição de Weimar de 1919, que utilizou a conhecida expressão “a propriedade obriga”⁴⁴. No âmbito do Direito brasileiro, a primeira mitigação ao caráter absoluto da propriedade foi apresentada pela Constituição de 1934, a qual, no artigo 113, alínea 17, afirma que a propriedade não pode ser exercida contra o interesse social ou coletivo, nos termos da lei. Foi com a Carta de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 que, pela primeira vez, surgiu o termo função social da propriedade no sentido de compatibilização entre interesses proprietários e da sociedade⁴⁵. A grande inovação, todavia, é oferecida pela Constituição da República de 1988, a qual inclui a função social da propriedade entre os direitos e garantias fundamentais e a indica como um dos princípios da ordem econômica. Deste modo, “a Constituição garante o direito de propriedade desde que vinculado ao exercício de sua função social”⁴⁶.

Assim, é possível afirmar que a Carta brasileira de 1988 inovou na expressa menção à funcionalização da propriedade aos valores sociais e existenciais. Além de prever a função social como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXIII, disciplinou que tanto a propriedade rural quanto a urbana devem atender a sua função social. Seguindo a primazia pelos elementos existenciais, expressa nos objetivos fundamentais da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na cidadania, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, entre outros, a Carta prevê que a propriedade rural somente atenderá sua função social se observar, simultaneamente, os requisitos apresentados no seu artigo 186. Por sua vez, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, segundo o disposto no artigo 182, parágrafo 2º da Constituição.

Com efeito, a inovação apresentada com a doutrina da função social da propriedade está, principalmente, no fato de considerar a função do instituto ao lado da clássica noção que

⁴³ HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A Função Social do Contrato. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e empresarial*. n. 45. Ano 12. Jul./ set. de 1988. p. 141 - 152. p. 145.

⁴⁴ De acordo com Fábio Konder COMPARATO, trata-se da norma do artigo 153 – “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*” – cuja tradução é, segundo o referido autor, “a propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao interesse da coletividade” (COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXV, n. 63. São Paulo: RT, jul./set. 1986, p. 71-79. p. 75).

⁴⁵ As referências estavam nos artigos 157 da Constituição de 1967 e 160 da Emenda de 1969.

⁴⁶ GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397 - 433. p. 413.

se esgotava na estrutura. Assim, como explica TEPEDINO, os poderes decorrentes do domínio (usar, gozar e dispor) e a tutela do domínio compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade, sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto⁴⁷. Este, contudo, representa o aspecto dinâmico e é integrante da própria noção da propriedade. Destaca PERLINGIERI que

se, de fato, estrutura e função representam, de um ponto de vista metodológico, a natureza de qualquer noção, para a propriedade assim como para a iniciativa econômica o problema não é apenas metodológico e meramente classificatório, mas se configura como interpretativo e atuativo de fórmulas contidas em normas de nível constitucional⁴⁸.

Aparecendo como uma releitura da propriedade privada que mitiga o individualismo e absolutismo que marcavam sua concepção clássica, passa-se a impor à propriedade privada “um conjunto de limitações formais, sendo composto de restrições e induzimentos que formam o conteúdo da função social da propriedade”⁴⁹. Envolve, assim, um conjunto de restrições relativas ao modo como são exercidos os poderes inerentes ao direito de propriedade, condicionando o proprietário “ao atendimento de múltiplos interesses não proprietários”⁵⁰. Portanto, segundo TEPEDINO, a propriedade

não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário dependerá de centros de interesses extra-proprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. Tal conclusão oferece suporte técnico para a correta compreensão da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.⁵¹

Cumprе ressaltar, porém, que da função social da propriedade não decorrem apenas limites, trazendo em seu bojo, também, obrigações positivas, ou seja, deveres exercidos em favor de um interesse social difuso. “São obrigações de fazer que decorrem do princípio da função social, cuja abstenção do proprietário caracteriza inadimplemento podendo levar ao

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 267 - 291. p. 269.

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 226.

⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 17.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. p. 272.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. p. 280.

extremo da perda do bem da vida”, segundo ARONNE⁵². Certamente que, sendo a função social da propriedade cláusula aberta, tais deveres não admitem elenco em um rol exaustivo, dependendo de cada situação concreta.

O que importa destacar, por conseguinte, é que, para além de representar uma fonte de imposição de limites externos à propriedade, a função social concorre para a determinação do seu próprio conteúdo, fazendo parte de sua configuração. Tanto que não é possível, atualmente, apresentar um conceito de propriedade destituída de função social no ordenamento jurídico brasileiro⁵³, no qual a função social da propriedade é “elevada ao patamar de condição de existência de proteção jurídica do direito ao qual se reporta”⁵⁴.

Efetivamente, segundo ARONNE “não merece guarida no sistema a propriedade que não resta funcionalizada”⁵⁵. Anote-se, contudo, que, embora a função social da propriedade apresente restrições aos poderes e faculdades proprietários, impondo deveres no exercício do direito, não há uma revogação das prerrogativas de usar, gozar, fruir e dispor da coisa, bem como persegui-la contra quem injustamente a detenha. Certamente que a propriedade continua possuindo um conteúdo protegido pelo ordenamento jurídico, o qual, todavia, dever ser exercido sem descuidar da sua função social. É nesse sentido que Orlando GOMES ressalta que “a propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente”⁵⁶, destacando que a função social não é um instituto de caráter socialista. De fato, a função social da propriedade busca garantir que o direito não seja exercido em dissonância com os interesses sociais presentes, mas se insere em um regime capitalista, no qual a apropriação privada dos bens e o lucro são legítimos e admitidos pela própria ordem constitucional. Vale destacar, nessa linha, o artigo 170 da Constituição, o qual expõe que a ordem econômica brasileira deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa conforme os ditames da justiça social, observando-se, entre outros, o princípio da função social da propriedade.

⁵² ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 181.

⁵³ GONDINHO, André Osorio. *Função social da propriedade*. p. 419. PERLINGIERI explica que “a função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites. (...) A função social constituída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente do tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais, sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 226).

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. p. 63.

⁵⁵ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. p. 186.

⁵⁶ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 127.

Portanto, a propriedade não é despida do seu conteúdo em razão da sua função social; ao contrário, existem conteúdos mínimos de cada estatuto proprietário que não podem ser eliminados. Assim, explica PERLINGIERI que

do inteiro teor do quadro constitucional deriva que a propriedade privada não pode ser esvaziada de qualquer conteúdo e reduzida à categoria de propriedade formal, como um título de nobreza. Ela representa não um desvalor, mas um instrumento de garantia do pluralismo e de defesa em relação a qualquer tentativa de estatalismo.⁵⁷

Verifica-se, nesse sentido, que a função social da propriedade é norma destinada tanto ao particular, quanto ao legislador ou ao intérprete e aplicador do Direito⁵⁸. Para o particular, assumindo foros de princípio geral, indica o sentido e a extensão que o proprietário pode imprimir às faculdades inerentes ao domínio, indicando que não são absolutas, nem devem perseguir fins anti-sociais, mas ser desenvolvidas de modo a promover os valores constitucionais. O legislador, por seu turno, tem na função social a causa de legitimação das inovações ou intervenções legislativas, as quais devem ser sempre submetidas ao critério do controle de constitucionalidade. “Toda lei deve realizar também a função social da propriedade”, de modo que a normativa ordinária pode servir para a realização do princípio constitucional, não concedendo ao titular poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse tutelado, bem como oferecendo os poderes necessários para perseguir o interesse constitucionalmente relevante⁵⁹. Outrossim, a função social, sendo reconhecidamente o mote para proteção do direito de propriedade, serve de parâmetro interpretativo da disciplina proprietária para o aplicador do Direito.

Cumprir observar, por fim, sobre quais bens incide a função social. Enquanto alguns autores defendem que a função social da propriedade incide sobre todas as espécies de bens, outros entendem em sentido diverso. Assim, para Orlando GOMES, somente os bens produtivos constituem o pressuposto de fato da função social⁶⁰. No mesmo sentido, TOMASEVICIUS, o qual, concordando com RODOTÀ, parte de uma classificação baseada em critérios econômicos, sustentando que nem todos os bens teriam função social, de modo que, distinguindo os bens de consumo dos bens de produção, entende que somente estes

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. p. 230.

⁵⁸ Nesse sentido, GONDINHO, André Osorio. *Função social da propriedade*. p. 421.

⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. p. 227.

⁶⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. p. 125. O autor ainda acrescenta que “só apedeutas estendem aos bens de uso o princípio da função social, falando em função social da propriedade edilícia ou, até mesmo, na dos bens duráveis” (*idem, ibidem*).

últimos teriam função social⁶¹. Todavia, embora tal posicionamento tenha certa repercussão na doutrina nacional, entende-se, na esteira do pensamento de TEPEDINO, que todos os bens possuem uma função social⁶². Comungando desse entendimento, explica PERLINGIERI que

a afirmação pela qual ‘somente os bens produtivos têm uma função social’ é desmentida pela própria letra da disposição constitucional que ‘não prevê exceções à regra da função social da propriedade privada’. (...) A afirmação generalizada de que a propriedade privada tem função social não consente discriminações e obriga o intérprete a individuá-la em relação à particular ordem de interesses juridicamente relevantes. (...) Cada uma com uma diversa intensidade de utilidade geral e individual, sem que entre elas devam encontrar-se lacerantes contrastes, com a consciência de que pode-se realizar a função social, como em todas as hipóteses de propriedade ditas pessoais, ao satisfazer exigências merecedoras de tutela, não necessariamente e exclusivamente do mercado e da produção, mas também somente pessoais e existenciais, individuais ou comunitárias.⁶³

Deve, portanto, a função social da propriedade ser compreendida como um poder-dever exercido tanto em vista dos interesses proprietários presentes como em razão dos interesses sociais, devendo estes servir de medida para a extensão daqueles. Assim, sendo elemento integrante da própria estrutura do direito de propriedade, consoante disposição de ordem constitucional, a propriedade somente será tutelada se atender a sua função social⁶⁴. Na mesma linha, entende TEPEDINO que a propriedade que não atende sua função social “não será merecedora de tutela jurídica”, de modo que, para ser garantida, “não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar a sua função social”⁶⁵⁻⁶⁶.

5.3. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A funcionalização do contrato, principalmente após a vigência do Código Civil de 2002, vem sendo objeto de grande atenção pela doutrina civilista, embora ainda seja válida a

⁶¹ TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato*. p. 202.

⁶² TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. p. 282.

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 230.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 282 a 283.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. p. 274. Nessa esteira, TEPEDINO tece críticas a uma interpretação literal do artigo 185, inciso II, da Carta de 1988, segundo a qual a propriedade produtiva não é passível de desapropriação. “A propriedade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social”, explica o autor (*Idem, ibidem*).

⁶⁶ Percebe-se, desde logo, que há pontos comuns entre as doutrinas da função social do contrato e da propriedade, podendo-se citar, exemplificativamente, a determinação de restrições ao exercício de direitos e a necessidade de adoção de condutas positivas, não se podendo admitir que o direito seja comprimido a ponto de perder seu conteúdo ou sentido. Contudo, a função social do contrato não deve ser vista como uma construção equivalente àquela que contemporaneamente funcionaliza a propriedade, merecendo análise própria.

afirmação de NALIN no sentido de que “são amplas, e logo imprecisas, as bases conceituais da função social dos contratos”⁶⁷. Resumindo a importância que tem recebido no cenário jurídico nacional, HORA Neto constata que “a cláusula geral da função social do contrato (art. 421 do CC/02) significa o mais importante princípio da moderna Teoria dos Contratos, em busca do contrato constitucionalizado, ou seja, do contrato que concilie a livre iniciativa à justiça social”⁶⁸.

Segundo Miguel REALE, um dos idealizadores do Código Civil de 2002, a função social do contrato consagra a diretriz da socialidade, cuja orientação é de superação do caráter manifestamente individualista da lei anterior⁶⁹. A função social surge, portanto, contextualmente, em harmonia com o Estado Social⁷⁰ e sua maior atuação na ordem econômica, sendo que, no âmbito do Direito Civil, coaduna-se com a miríade de transformações que decorrem da incidência direta das normas constitucionais sobre as disposições normativas ordinárias.

É nessa linha que geralmente são apresentados os conceitos doutrinários de função social dos contratos. Para alguns juristas, a função social do contrato é visualizada a partir da colocação do interesse coletivo sobre o individual, no sentido de valorização da solidariedade entre as pessoas que é apresentada pela Constituição de 1988. Nessa esteira, entende LÔBO que “o princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem”⁷¹. Essa linha de entendimento parte de uma leitura constitucionalizada do Direito Civil, que, no âmbito contratual, é influenciado pelo artigo 170 da Constituição, o qual estabelece que toda a atividade econômica está condicionada à primazia da justiça social, de modo que uma função exclusivamente individualista do contrato não seria compatível com a ordem jurídica e social hodierna.

⁶⁷ NALIN, Paulo. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Privado*. n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2002. p. 50- 60. p. 55.

⁶⁸ HORA Neto, João. O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002. In: *Revista de Direito Privado*. n.14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2003. p. 38 - 48. p. 38.

⁶⁹ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. p. 37-42.

⁷⁰ Assim, segundo LÔBO, “enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado Social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Contratuais*. p. 16).

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Contratuais*. p. 15. Na mesma linha, Eduardo Sens dos SANTOS entende que “o contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesses em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há o interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo” (SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: exame da função social do contrato. In: *Revista de Direito Privado*. n. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun/2002. p. 09 - 37. p. 29).

Outro sentido bastante recorrente de função social apresenta-a em conexão ao princípio da igualdade, o qual, atuando no sentido contemporâneo de superação do individualismo, tende a garantir que a liberdade de cada um dos contratantes seja igualmente assegurada, sem esquecer os reflexos externos do contrato, pois tanto os interesses dos indivíduos contratantes, quanto os da sociedade, devem ser tutelados⁷². Expressamente assume esse entendimento DORNELLES, ao visualizar “a função social dos contratos como o objetivo visado pelo ordenamento jurídico de garantir a igualdade das partes contratantes”, ao que se deve acrescentar, considerando os reflexos do contrato na sociedade, “o estabelecimento de uma relação harmoniosa entre o interesse dos indivíduos contratantes e o interesse da coletividade”⁷³.

De modo geral, é possível observar que a partir da conjugação dessas diretrizes a doutrina apresenta conceitos de função social ora mais amplos, ora mais restritos, mas sempre procurando destacar o viés de solidariedade presente. Nessa linha, TARTUCE, exibindo uma concepção ampla da função social do contrato a respeito de sua incidência na relação entre os contratantes, entende que

pela vanguarda dessa nova visão, os contratos devem ser interpretados de acordo com concepção do meio social em que estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre o outro⁷⁴.

MIRAGEM, a seu turno, procura firmar a idéia de coordenação entre interesses individuais e coletivos, explicando que

o contrato, ao mesmo tempo em que tem alta representação como expressão do poder da autonomia individual para produzir normas e efeitos jurídicos segundo a vontade das partes, também deve ser regulado em consideração aos eventuais efeitos que se produzem à comunidade e à frustração dos interesses dos contratantes em razão da realidade social de diferenças entre os níveis de poder dos diversos sujeitos envolvidos na conformação do pacto⁷⁵.

Ainda, para SILVA, a função social do contrato “impõe a observância das consequências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de

⁷² Nessa linha o entendimento esboçado por HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. In: *A função social do contrato*. p. 141.

⁷³ DORNELLES, Raquel. A função social dos Contratos e o Novo Código Civil. In: *Revista de Direito*. n. 21. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, jun.jul.2004. p. 27 - 46. p. 34 - 35.

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. p. 240.

⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. *Diretrizes interpretativas da função social do contrato*. p. 23.

que direitos e faculdades individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, dado que o indivíduo só pode construir a sua vida em sociedade”⁷⁶.

Percebe-se, desde logo, pois, que a contextualização da função social dos contratos é feita a partir do aparecimento do Estado Social e, com o reconhecimento da incidência das disposições constitucionais sobre a normativa infraconstitucional, das diretrizes apresentadas pela Constituição de 1988.

A rigor, a doutrina da função social dos institutos jurídicos foi impulsionada pelo advento da Carta de 1988 e a valorização do aspecto da solidariedade, dignidade humana e justiça social. Tendo a Carta feito referência expressa à função social da propriedade, disciplinando-a no tocante à propriedade imobiliária rural, alguns juristas começaram a cogitar acerca da função social dos contratos, em uma evidente ligação com aquela. Nessa esteira, explica LÔBO que “a propriedade é o segmento estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular”⁷⁷. Fato é que, reconhecendo-se a fonte constitucional da função social do contrato, entende-se que não é descoberta do Código Civil de 2002; ao contrário, a função social dos contratos já estava presente mesmo na vigência do Código Civil de 1916, pois decorre diretamente de norma constitucional⁷⁸.

Embora o reconhecimento da matriz constitucional da função social do contrato seja amplamente difundido na doutrina, o seu fundamento na Carta não é pacífico, tendo em vista a ausência de norma constitucional que expressamente a preveja. É possível, assim, identificar duas principais correntes doutrinárias: a primeira ressalta a ligação entre a função social dos contratos e a da propriedade e, a segunda, reporta-se ao artigo 170 da Carta, onde há referência à funcionalização da iniciativa privada à justiça social.

No primeiro sentido, considerando que a referência constitucional à função social da propriedade bastaria para determinar que todas as formas de propriedade devem cumprir sua função social⁷⁹ e considerando que o contrato é um instrumento da propriedade, parte significativa da doutrina entende que a função social do contrato decorre da função social da propriedade, de

⁷⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de Direito das Obrigações no novo Código Civil*. p. 112.

⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Contratuais*. p. 17.

⁷⁸ Nesse sentido, NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. p. 83. Também Miguel REALE ressalta a fonte constitucional da função social dos contratos ao defender o Projeto que culminou no Código Civil de 2002, dizendo que “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica” (*Idem, ibidem*).

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 280.

modo que teria assento constitucional nas referências feitas a esta⁸⁰. A despeito dessa conexão, contudo, entende-se que a função social do contrato decorre de uma conjugação entre os princípios da solidariedade social (artigo 3º, inciso I da Constituição) e da justiça social (artigo 170, *caput* da Constituição), dada a instrumentalização oferecida pelo contrato à concretização da livre iniciativa⁸¹. Assim, a função social dos contratos é apresentada como preceito destinado a que os contratos estabeleçam-se em uma ordem social harmônica⁸², visando inibir qualquer prejuízo à coletividade e, concomitantemente, no plano interno, valorizar o equilíbrio e a não frustração dos interesses das partes contratantes⁸³. Nessa linha, o contrato passa a ser considerado não mais mero instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social, devendo, portanto, estar em consonância com as diretrizes constitucionais.

Atualmente, há expressa referência no artigo 421 do Código Civil, o qual estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, apresentando em nível infraconstitucional o contrato constitucionalizado, ou seja, aquele no qual a livre iniciativa é condicionada aos ditames da justiça social. Trata-se, por conseguinte, de uma cláusula geral, cujo sentido deverá ser apontado pelo intérprete-aplicador do Direito, com vistas às circunstâncias do caso concreto e em relação aos demais princípios consagrados no sistema jurídico brasileiro, considerando-se, sempre, a matriz axiológica constitucional.

A interpretação desse artigo, entretanto, não tem sido pacífica na doutrina, principalmente pelo fato de apresentar a função social como “razão e limite” da liberdade contratual⁸⁴. Tanto é assim que um Projeto de Lei datado do mesmo ano no qual o Código Civil

⁸⁰ Nessa linha, pode-se citar o entendimento de: SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função Social do contrato*. p. 146; MIRAGEM, Bruno. *Diretrizes Interpretativas da função social do contrato*. p. 24; TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato*. p. 202; HORA Neto, João. *O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002*. p. 44.

⁸¹ No mesmo sentido, a proposta de enunciado apresentada na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal por Wladimir Alcibíades Marinho Falcão CUNHA: “o princípio da função social dos contratos, estampado no art. 421 do Código Civil de 2002, tem amplo assento na Constituição Federal de 1988, no título sobre a ordem econômica”. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de Direito Civil*. AGUIAR, Ruy Rosado (org.). Brasília: CJP, 2005. p. 164. Disponível em <http://www.jf.gov.br/>.

⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. p. 54.

⁸³ Nesse sentido, TARTUCE entende que “a função social dos contratos está ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amparada no art. 1º, III, da CF/1988. Ademais, tendo em vista ser um dos objetivos da República a justiça social (art. 170, *caput*, do Texto Maior), bem como a solidariedade social (art. 3º, III), nesses dispositivos também residiria a função social dos pactos” (TARTUCE, Flávio. *Função Social dos contratos*. p. 250). Também NALIN adota entendimento semelhante, lastreando a função social dos contratos no artigo 170 da Carta (NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro*. p. 50).

⁸⁴ É interessante observar que mesmo a aprovação do artigo não foi pacífica. Quando da discussão acerca do projeto do Código Civil, Miguel REALE destacou, com relação à função social dos contratos, que se trata “de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica”. Entretanto, foram oferecidas emendas ao projeto, destacando-se a Emenda 371, de lavra do Dr. TANCREDO NEVES, justificada da seguinte forma: “é uma disposição da maior inconveniência, porque significa que, fora dos limites da ‘função

foi publicado (PL 6.960/2002), em trâmite no Congresso Nacional, busca alterar o artigo 421 do Código para a seguinte redação: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”⁸⁵. Pela proposta, a primeira alteração, que se refere à substituição da expressão *liberdade de contratar* pela *liberdade contratual*, é pertinente, no sentido em que a pessoa possui liberdade de contratar desde que seja capaz de realizar o contrato, podendo contratar se e quando quiser ou deixar de contratar, se assim o desejar. Portanto, seguindo a diferenciação já consolidada na doutrina⁸⁶, é a liberdade contratual, ou seja, a liberdade de discutir livremente as cláusulas do contrato, que é limitada pela função social. Evidente equívoco na utilização das expressões, essa é uma alteração a ser apoiada.

A segunda modificação, contudo, que diz respeito à supressão da palavra “razão”, tem sido objeto de maiores debates. O fundamento utilizado para essa proposta parte da idéia principal de que a função social não é a razão do contrato, mas seu limite, pois a razão do contrato seria a autonomia privada. Nessa linha, recebendo o apoio de parte da doutrina⁸⁷, a função social do contrato teria o sentido restrito ao de uma limitação à autonomia privada. Por outro lado, há quem discorde da alteração proposta, manifestando-se, neste ponto, pela manutenção da redação vigente, pois a função social representa “a essência da nova contratualidade”⁸⁸. Nessa linha, afirma NALIN que

após a Carta Constitucional, o núcleo do contrato reside na solidariedade e a sua causa codivide espaço entre os interesses patrimoniais inerentes ao contrato, enquanto instrumento de circulação de riquezas, e os interesses sociais. O raciocínio decorrente da nova redação proposta, leva à conclusão de que o voluntarismo e o patrimonialismo ainda se posicionam como núcleo e causa do contrato, sendo meramente periféricos (limite) o interesse social-coletivo e a solidariedade entre os contratantes. A reforma proposta do novo Código Civil não se harmoniza com os valores constitucionais (...).⁸⁹

social’ do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar. Acontece que o conceito de função social do contrato é impreciso. A consequência será que, subordinada a esses requisitos, a liberdade de contratar, que é fundamental dentro do regime da livre iniciativa, fica fundamentalmente atingida”. Como observa HIRONAKA, parece que mais impressionou a limitação à liberdade de contratar do que a imprecisão técnica-conceitual do preceito. A emenda foi rejeitada, sendo que a redação que entrou em vigor com o Código Civil foi a mesma apresentada no Projeto da década de 70 (HIRONAKA, Giselda. *A função social do contrato*. p. 149 – 150).

⁸⁵ O projeto é de autoria do Dr. Ricardo FIUZA, e segue as sugestões apresentadas pelos professores Antônio Junqueira de AZEVEDO e Álvaro Villaça AZEVEDO. Disponível em http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549. Acesso em 12 de janeiro de 2008.

⁸⁶ A respeito da diferença entre liberdade de contratar e liberdade contratual, ver nota de rodapé 61.

⁸⁷ TARTUCE, por exemplo, entende que é uma alteração necessária, pelos motivos expostos no projeto, considerando que se deve deixar claro que a função social representa um limite à liberdade contratual (TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos*. p. 241 – 242). Segundo o projeto, a redação do artigo deve ser modificada sob o fundamento de que “liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão ‘em razão’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser” (Projeto de Lei 6960/2002, p. 39).

⁸⁸ NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro*. p. 57.

⁸⁹ NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro*. p. 57.

Importante mencionar, nesse sentido, que a alteração proposta foi rejeitada na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, Conforme parecer do Deputado Vicente ARRUDA, relator, nos seguintes termos: “A mudança proposta não passa de um jogo de palavras que, ainda por cima, piora o texto, pois o contrato não tem liberdade, quem tem liberdade é a pessoa, cuja liberdade de contratar está vinculada à função social do contrato, imposta pelo ordenamento jurídico. Pela rejeição”⁹⁰. Embora criticável a primeira parte da justificativa, pois foge do sentido técnico-jurídico da expressão, é certo que a função social do contrato reformulou o sentido clássico da autonomia privada e, por conseguinte, da liberdade contratual. Tem-se, portanto, que a função social do contrato não é mero limite externo à liberdade contratual, mas a modifica desde o seu interior, com reformulação do seu sentido para a adequar aos ditames da ordem contratual hodierna. Consoante já exposto⁹¹, a autonomia privada não sofre simples limitações externas decorrentes da função social do contrato, mas tem seu significado redesenhado em conformidade com os parâmetros da ordem contratual contemporânea. Não há, portanto, uma autonomia privada ilimitada que sofre limitações pontuais decorrentes de um ou outro princípio, mas uma autonomia que difere da clássica autonomia da vontade, pois já surge com contornos adequados aos princípios vigentes no sistema jurídico contemporâneo.

Outrossim, a função social do contrato não se esgota em um sentido negativo de imposição de limitações e exigência de abstenções por parte dos contratantes. Possui, concomitantemente, um sentido positivo, impondo a busca de determinados objetivos ou fins assumidos pela ordem jurídica vigente⁹². Assim, em um viés negativo, a função social do contrato exige que as partes atuem no âmbito de liberdade contratual utilizando o contrato da forma prevista pelo ordenamento, com vistas à produção dos efeitos que dele se espera e sem causar danos aos demais – seja à outra parte, seja à coletividade. Já no sentido positivo, busca-se que o contrato produza efeitos desejados e perseguidos pelo ordenamento jurídico, ou seja, que persiga a concretização de determinados resultados úteis ou vantagens concretas para a sociedade consoante os objetivos assumidos pelo sistema. Adotando esse entendimento, TOMASEVICIUS explicita que “na concepção negativa de liberdade, tem-se que a liberdade de contratar é exercida nos

⁹⁰ ARRUDA, Vicente (relator). *Precer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. p. 08. Disponível em http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549.

⁹¹ Esse entendimento foi desenvolvido no Capítulo III, item 3.4.1.

⁹² Nesse sentido, afirma LÔBO que “no Código a função social não é simples limite externo ou negativo mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Princípios contratuais*. p.17).

limites da função social do contrato. Na concepção positiva de liberdade, a liberdade de contratar é exercida em razão da função social do contrato”⁹³.

Emerge, assim, o entendimento de que, reconhecendo-se a sua função social, o contrato “não deve ser meio para alcançar o interesse das partes apenas, mas deve ser visto como um instrumento de convívio social e preservação dos interesses da coletividade”⁹⁴.

5.3.1. A Função Social do Contrato como Limite e Razão da Liberdade Contratual

Na redação do artigo 421 do Código Civil a função social do contrato aparece ligada à liberdade contratual, como seu *limite* e *razão*. Certamente, portanto, que a liberdade contratual permanece vigente no ordenamento jurídico brasileiro, não tendo sido eliminada do cenário jurídico com a recepção da função social do contrato. Por outro lado, é evidente também que não possui mais a amplitude moderna, apresentando-se como uma liberdade a ser exercida em harmonia com os demais princípios e regras, bem como com as circunstâncias presentes em cada situação concreta. Afirmando-se que a liberdade contratual não pode se afastar da função social do contrato, abrandando-se o viés individualista de outrora em favor de uma conformação que pressupõe a valorização da solidariedade⁹⁵.

Desde uma perspectiva constitucional, é possível verificar que a liberdade contratual – a qual mantém uma relação instrumental com a liberdade de iniciativa – tem seu assento no artigo 170 da Constituição, de modo que “constitui uma liberdade legítima enquanto exercida no interesse da justiça social”⁹⁶. Nessa linha,

como todo meio, a liberdade de contratar não existe ‘em si’, mas ‘para algo’, isto é: está permanentemente polarizada e conformada para *os fins que se destina*. Esses fins não são apenas o de concretizar a liberdade de iniciativa econômica, mas, por igual, os princípios estruturantes arrolados no art. 1º da Constituição Federal, as diretrizes ou ‘normas objetivo’ traçadas no art. 3º e no art. 170, bem como nas liberdades, garantias e direitos dos arts. 5º e 7º, todos da Constituição.⁹⁷

⁹³ TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato*. p. 204.

⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto em nota sobre o artigo 421 do Código Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Código Civil Anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 197.

⁹⁵ Considera PIETROBON que “*mi sembra difficilmente discutibile, infatti, anche per quanto si è detto, che la ragione dell’efficacia concessa all’atto negoziale privato, non consiste in un omaggio alla volontà, ma nel riconoscimento di una funzione sociale del negozio in genere e del contratto in specie, in quanto strumenti idonei ad assicurare, con la composizione di un conflitto di interessi, il traffico giuridico*” (PIETROBON, Vittorino. *L’Errore nella Dottrina del Negoio Giuridico*. p. 127).

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 770.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. p. 65.

Destarte, a liberdade contratual tem seu perfil desenhado em conformidade com as normas que alicerçam o sistema jurídico contemporâneo, devendo ser compreendida contextualmente a partir de sua inserção em um ordenamento jurídico composto por direitos e garantias que podem ter perfil individual ou transindividual, embora sempre direcionados à proteção ou promoção dos superiores interesses sociais. A liberdade contratual ganha, portanto, um novo desenho, assentando-se não mais na absolutização da vontade individual, mas, em consonância com as diretrizes do atual Código Civil, no postulado da socialidade, o qual, espraiando-se para o contrato, “pretende fazer do pensamento da solidariedade contratual a nuclear força estruturante de uma ‘nova’ dogmática do contrato”⁹⁸. É essa inter-relação entre a liberdade contratual e a diretriz da socialidade que vem expressa no artigo 421 do Código Civil brasileiro, o qual apresenta a função social como limite e razão da liberdade contratual.

Essa referência à limitação da liberdade contratual pela função social conduz à questão da limitação interna ou externa dos direitos, expressa em duas teorias sintetizadas por CANOTILHO do seguinte modo:

A teoria interna parte das seguintes premissas: 1) os direitos e os respectivos limites são imanescentes a qualquer posição jurídica; 2) o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta desta compreensão do direito “nascido” com limites; logo, 3) o âmbito de protecção de um direito é o âmbito de garantia efectiva desse direito.

Por sua vez, a teoria externa propõe o seguinte: 1) os direitos e as restrições são dimensões separadas; 2) as restrições são sempre “desvantagens” impostas externamente aos direitos; 3) o âmbito de protecção de um direito é mais extenso do que a garantia efectiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de protecção⁹⁹.

Na linha da teoria externa, os direitos são ilimitados, em tese, sofrendo restrições colocadas desde o seu exterior por normas que intervêm no âmbito de atuação do direito. Já a partir da teoria interna, o direito não é ilimitado em si, pois cada direito já vem compreendido a partir da consideração dos limites trazidos pelo ordenamento no qual se insere, de modo que a própria configuração de um direito somente pode ser afirmada considerando-se o seu campo de atuação efetiva, já computadas as demais regras e princípios concorrentes que possam existir.

As limitações apresentadas pela função social do contrato à liberdade contratual podem ser compreendidas a partir de ambas as perspectivas. Lendo-se o artigo 421 a partir da teoria externa, haveria uma oposição entre função social do contrato e liberdade contratual, “uma

⁹⁸ SÁ, Almeno de. Relação Bancária, Cláusulas Contratuais e o Novo Código Civil Brasileiro. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXVIII. Coimbra, 2002. p. 285 - 328. p. 286.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 341 - 359. p. 349.

verdadeira ‘colisão’ de direitos, só resolúvel se e quando um dos direitos verdadeiramente exulasse o outro, pois as permissões asseguradas por um e por outro seriam incompatíveis entre si”¹⁰⁰. Nesse sentido, a função social do contrato assume uma dimensão negativa, importante na medida em que acarreta a vedação da adoção de condutas que representem exercício abusivo da liberdade contratual. Busca-se, nessa linha, que as partes não dêem causa ao exercício de posições abusivas ou ao desvirtuamento do fim econômico-social do contrato¹⁰¹.

Considerando-se, também, a perspectiva da teoria interna na leitura do referido artigo 421, na expressão de que a função social é a ‘razão’ da liberdade contratual, tem-se que há uma conformação desta desde o interior: há um redesenho da liberdade contratual por conta da sua necessária conjugação com a função social dos contratos. Reconhece-se, pois, que o contrato representa importante instrumento para a satisfação dos interesses pessoais das partes envolvidas, mas que sua relevância não se esgota nesse círculo fechado: sendo um fato social, que gera efeitos na sociedade, o contrato pode interessar à coletividade, de modo que deve ser concluído sem prejuízo ao interesse social eventualmente presente.

Assim, é possível afirmar que, para além de mero limite externo, a função social do contrato integra a essência da liberdade contratual, contribuindo para a sua própria configuração. Nessa seara, para além dos deveres negativos, podem surgir obrigações positivas às partes, para que, com sua atuação, ao mesmo tempo em que promovam a satisfação dos seus interesses individuais, não prejudiquem o interesse social que pode estar presente. Logo, nas palavras de NEGREIROS,

o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a idéia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente.¹⁰²

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. p. 73.

¹⁰¹ Segundo Judith MARTINS-COSTA não se pode ignorar a relevância desse sentido da função social do contrato. Mas, “é de se convir, no entanto, que se a esse papel de ‘previsão de limite externo negativo’ se resumisse o princípio da função social do contrato, o art. 421 seria virtualmente inútil, uma vez que o exame de casos já decididos pela jurisprudência demonstra que, ou as hipóteses já estão apanhadas pela regra do art. 187 do Código Civil (consagradora da ilicitude de meios), ou não se trata de caso de incidência do princípio da função social: seriam, antes, hipóteses de interpretação favorável ao aderente, integração segundo a boa-fé, concreção do princípio do equilíbrio contratual ou de incidência de regras já constantes de leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Terra” (MARTINS-COSTA, Judith. *Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. p. 74 - 75).

¹⁰² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 211.

5.4. ABIPARTIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: função social interna e externa

Considerando que a funcionalização é inerente à liberdade contratual e conforma-a em seus aspectos nucleares, bem como visualizando que incidem sobre o contrato interesses tanto de ordem coletiva quanto individual, parcela considerável da doutrina tende a esboçar a idéia de que a função social possui dupla eficácia no âmbito contratual: uma interna, relacionada às partes contratantes, e outra externa, atinente aos efeitos dos contratos para além das partes. Anote-se, contudo, que tal idéia está longe de ser pacífica, havendo quem entenda que a função social do contrato possui apenas eficácia externa¹⁰³.

No tocante ao seu aspecto externo, a função social do contrato é geralmente invocada com forma de atenuação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, impondo “a necessidade de se apresentar uma nova qualificação de ‘partes’ e ‘terceiros’, que não parta só da vontade, mas considere outros elementos”¹⁰⁴. Efetivamente, consoante já esboçado, passa-se a considerar a existência de uma relevância social dos contratos, os quais, extrapolando a esfera individual, produzem efeitos econômicos e sociais que interessam à coletividade, podendo afetar a esfera de terceiros. Assim, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos perde a sua força tradicional, impondo-se a consideração dos interesses coletivos que possam existir sobre contrato. É a partir dessa imbricação entre os interesses individuais e os sociais que REALE afirma que “o contrato é um elo que, de um lado põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”¹⁰⁵. Reconhece-se, pois, que o contrato é um fato social, cuja existência não pode ser ignorada por terceiros, e que pode surtir efeitos para além das partes expressamente signatárias do pacto. Tais efeitos, contudo, não podem atentar contra o bem comum, devendo, ao contrário, se apresentar em harmonia com os parâmetros axiológicos estabelecidos pela Constituição.

Para além desse aspecto exterior, a função social do contrato também se irradia para o interior da relação contratual, informando as relações existentes entre as partes contratantes com mandamentos de um pacto justo e equilibrado. Nesse aspecto, a função social do contrato incide sobre o conteúdo do acordo, de modo a vedar condutas abusivas ou desproporcionais,

¹⁰³ Nesse sentido, exemplificativamente, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 208; THEODORO Junior, Humberto. *O contrato e sua função social*. p. 31; SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. p. 133.

¹⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 218.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 09.

primando pela manutenção do equilíbrio contratual e observância dos deveres laterais de conduta, garantidores do exato processamento da relação obrigacional.

Ganha destaque, por conseguinte, no cenário jurídico nacional, a doutrina da bipartição da função social dos contratos, a qual, embora a considere um preceito único, entende que é dotado de dois aspectos, um interno e outro externo. Nessa linha, a função social é apresentada como uma cláusula de amplas dimensões, cujo conteúdo pode ser explicitado em dois sentidos: um externo, que compreende os efeitos do contrato na sociedade, mitigando a clássica concepção do princípio da relatividade dos efeitos dos pactos, e outro interno, ligado ao próprio conteúdo do contrato, limitando o âmbito de autonomia das partes com vistas à manutenção de um contrato justo e equilibrado, bem como se dirige à vedação de condutas abusivas ou desproporcionais.

Entendimento semelhante tem sido adotado por parcela significativa da doutrina civilista brasileira. Assim, filiando-se à tese da dupla eficácia da função social do contrato, LÔBO afirma que “a função social é entendida como limite negativo ou externo, mas também como limite positivo ou interno, isto é, que diz respeito ao conteúdo contratual”¹⁰⁶. Também TARTUCE esboça esse entendimento, explicando que a função social dos contratos “traz consequências para dentro do contrato (*intra partes*) e também para fora dele (*extra partes*)”¹⁰⁷. Outrossim, GODOY afirma que a função social do contrato possui dois aspectos: “um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses práticos, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato”¹⁰⁸.

Semelhantemente, NALIN entende que a função social do contrato divide-se em intrínseca e extrínseca:

A primeira – intrínseca – é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, insculpido no artigo 1.165 do *Code* (“as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes...”), corolário lógico do princípio da liberdade contratual.

Seu perfil extrínseco (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.¹⁰⁹

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Anotado*. p. 197.

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio. A Função Social dos Contratos, a Boa-fé Objetiva e as Recentes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte Jurídica: biblioteca científica de Direito Civil e Processo Civil*. Vol. III. Juruá Editora: Curitiba, 2006. p. 195 - 206. p. 196.

¹⁰⁸ GODOY, Cláudio Luis Bueno. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 06.

¹⁰⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 226.

Utilizando outra nomenclatura, mas seguindo a mesma linha, Judith MARTINS-COSTA explica que a função social do contrato possui duas distintas dimensões: “uma intersubjetiva, relacionando as partes entre si; outra, trans-subjetiva, fazendo reverberar as obrigações e os direitos assumidos pelos contratantes na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados”¹¹⁰.

Adota-se, nessa direção, o entendimento de que a função social do contrato é disposição ampla dotada de dois aspectos: um interno, relativo ao conteúdo do contrato e às partes contratantes, e outro, externo, relacionado aos efeitos produzidos pelo contrato na sociedade, conduzindo à mitigação do clássico princípio da relatividade dos efeitos do contrato ao reconhecer que este pode surtir efeitos que se espalham para além das partes contratantes.

5.4.1. O Perfil Externo da Função Social do Contrato

No que concerne ao seu perfil externo, a função social explicita que o contrato não deve ser visto como uma relação jurídica que interessa somente às partes contratantes, pois, ao mesmo tempo em que é influenciado pelas condicionantes sociais do meio, produz efeitos que refletem na sociedade.

Considerando que a funcionalização do contrato atinge sua própria substância e que a compreensão do seu sentido passa pela leitura da sua função social, tem-se por equivocada a doutrina que entende que a função social do contrato contrapõe-se à liberdade contratual e limita-a apenas externamente. Contribuindo para a configuração da própria essência do direito, o contrato funcionalizado não se harmoniza com uma leitura individualista, segundo a qual haveria apenas limites exteriores, ou seja, “confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta”¹¹¹.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. In: MONTEIRO, António Pinto (dir.). *Estudos de Direito do Consumidor: publicação do Centro de Direito do Consumidor*. n. 07. Coimbra, 2005. p. 49 – 109. p. 75. Entendimento semelhante também é esboçado por GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. p.53; NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 378; MIRAGEM, Bruno. *Diretrizes Interpretativas da função social do contrato*. p. 30; FONSECA, Rodrigo Garcia. *A Função Social do Contrato e o Alcance do Artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39.

¹¹¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 211.

Reconhece-se, pois, que o contrato, para além do atendimento aos interesses das partes contratantes, pode surtir efeitos que interessem a toda a sociedade, ou a um grupo de pessoas, determinável ou não, bem como manter relação com outros contratos finalisticamente vinculados ao primeiro, de modo que “um mesmo negócio jurídico pode gerar um interesse que é, concomitantemente, individual e coletivo, isto é, um interesse que interessa à cada um dos sujeitos contratantes e à coletividade, seja ela numericamente determinável ou não”¹¹². Outrossim, embora a idéia de função social não se subsuma, de modo geral, à idéia de função econômica, é possível afirmar que o contrato possui uma função econômico-social, na medida em que a economia contemporânea se estrutura largamente sobre relações contratuais. Nesse sentido, o contrato não interessa somente aos contratantes, mas também à cadeia econômica na qual se insere¹¹³, de modo que se procura preservar a utilidade concreta visada pelo contrato enquanto operação econômica, âmbito no qual, certamente, gera efeitos na sociedade e é influenciado pelo meio.

O aspecto externo da função social do contrato, assim, apresenta-se em duplo sentido: “revela-se, de um lado, nos benefícios ou prejuízos que um contrato possa acarretar para terceiros não contratantes. De outra parte, se faz presente com relação aos benefícios ou prejuízos que os terceiros possam carrear aos contratantes”¹¹⁴. Portanto, a função social do contrato destaca que o círculo jurídico de atuação dos efeitos do contrato não fica circunscrito às partes contratantes, pois, embora tenha em vista a satisfação precípua do interesse destas, não é possível descuidar dos efeitos laterais – mais ou menos evidentes, a depender das circunstâncias do caso concreto – que esse contrato pode gerar para outros sujeitos, outros contratos ou para a sociedade em geral.

Essa acepção da função social encontra assento constitucional na funcionalização da livre iniciativa aos ditames da justiça social e na cláusula de solidariedade, a exigir que haja um mínimo de colaboração entre as partes contratantes e terceiros, os quais não podem violar legítimos interesses de outras pessoas sob o argumento de que o direito de crédito não precisa ser respeitado por terceiros, já que seria relativo apenas àqueles que manifestaram a sua vontade¹¹⁵. Concomitantemente, reconhece-se que “o princípio da liberdade de contratar não

¹¹² MARTINS-COSTA, Judtih. *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. p. 77.

¹¹³ SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. p. 136.

¹¹⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. p. 39.

¹¹⁵ Nesse sentido, vale reproduzir a explicação de NEGREIROS: “o princípio da função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas. Numa sociedade

pode servir de proteção para a violação de direitos de terceiros”¹¹⁶. Portanto, com fundamento no princípio constitucional da solidariedade e no reconhecimento de que os efeitos gerados pelo contrato extrapolam o âmbito das partes contratantes, tem-se que nem terceiros podem prejudicar o contrato, nem podem ser por ele prejudicados¹¹⁷.

Reconhece-se, assim, que o aspecto externo da função social do contrato impõe uma releitura do clássico princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, o qual perde o absolutismo de outrora em favor de uma nova visão, que procura considerar a complexidade dos interesses presentes na sociedade contemporânea.

5.4.1.1. Releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais a partir da função social do contrato

Reconhecendo-se a bipartição estrutural da função social do contrato, o seu perfil extrínseco aparece estritamente ligado ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais e impõe a releitura e harmonização deste com as notas sociais que atualmente informam o contrato. Assim, admite-se que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que concerne apenas às partes contratantes¹¹⁸, na medida em que tem a sociedade como o espaço no qual surge e se desenvolve, repercutindo no amplo campo das relações sociais. Nesse sentido, referindo-se à mitigação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, comenta SERPA LOPES que

a verdade é que nenhum dos nossos atos se circunscreve, em seus efeitos, a nós mesmos ou aos que nele intervieram diretamente. Se, de um lado, constitui verdade indeneável a de que nenhum terceiro poder ser vinculado a um contrato no qual não consentiu, por outro lado, não menos incontestável é que a existência de uma obrigação, de um contrato ou de qualquer outro ato jurídico representa um fato social, e que, como tal, produz os

que o constituinte quer mais solidária, não deve ser admitido que, sob o pretexto de que o direito de crédito é um direito relativo, possa tal direito ser desrespeitado por terceiros, que argumentam não ter consentido para a sua criação. Esta ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constitucional” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 209).

¹¹⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. p. 226.

¹¹⁷ Nesse sentido, THEODORO Junior, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 121.

¹¹⁸ MARTY observa que o princípio da relatividade dos contratos, em sua acepção clássica, era “exacerbado ao ponto extremo de se tornar razão para que os terceiros possam ignorar inteiramente a existência do contrato” (MARTY *apud* NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 215).

seus efeitos num meio social, com repercussões e reações em face de terceiros, que delas não podem escapar¹¹⁹.

A funcionalização do contrato, consoante já mencionado, conduz à superação do viés individualista e voluntarista, passando-se a considerar o contrato um instrumento de convivência social, cujos efeitos irradiam pela sociedade, sublinhando-se a conexão da atividade humana com os imperativos da interdependência e solidariedade social¹²⁰. A relatividade dos efeitos contratuais, expressando a idéia do inter-relacionamento entre princípios, aparece, atualmente, não mais assentada exclusivamente na autonomia privada, mas explicada e conformada pela função social do contrato. Nessa senda, a doutrina aponta a necessidade de uma releitura do princípio da relatividade, procurando expressar o alcance do perfil externo da função social do contrato na mitigação da força individualista dos clássicos princípios do contrato, de modo que toda a disciplina contratual esteja em harmonia.

Em consonância com o sentido da solidariedade presente no sistema constitucional, PERLINGIERI constata que a obrigação não se identifica mais nos direitos do credor; cada vez mais, configura-se como uma relação de cooperação, o que implica uma mudança de perspectiva na própria leitura das relações contratuais, substituindo-se a relação de subordinação do devedor ao credor por uma relação de cooperação, sendo que *“anche il terzo si trova coinvolto in questo nuovo clima di collaborazione e di responsabilità ed il credito assume sempre più la fisionomia di un “bene” autônomo sul quale manifestamente insistono diritti di terzi qualificati e che i terzi sono tenuti a rispettare”*¹²¹.

Incidindo sobre o contrato, portanto, a função social provoca um necessário redimensionamento do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, tanto no que concerne aos seus elementos subjetivos quanto objetivos.

Analisando-se, primeiramente, a questão atinente aos elementos subjetivos do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, os quais estão relacionados à concepção de partes e de terceiros, a doutrina percebe a possibilidade de se aventar uma nova qualificação destes que não seja baseada na superada teoria individualista do contrato, mas que se apresente em consonância com a sua atual configuração, seguindo a orientação constitucional.

¹¹⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Vol. III. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 109.

¹²⁰ MULHOLLAND, Caitlin. *O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos*. p.258.

¹²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive patrimoniali*. p. 422. Em tradução livre, significa que também o terceiro encontra-se envolvido nesse novo clima de cooperação e responsabilidade e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um bem autônomo sobre o qual, manifestamente, incidem direitos de terceiros qualificados e que os terceiros são obrigados a respeitar.

Em geral, as noções de partes e de terceiros vêm apresentadas com base em um critério voluntarista, dizendo-se que parte é aquela que se encontra vinculada ao contrato por conta da manifestação de sua vontade, ou seja, cuja manifestação de vontade deu origem ao contrato, e terceiro, residualmente, quem não for considerado parte por ser estranho à vontade manifestada no contrato. Nesse sentido, no mesmo viés de outras lições doutrinárias, entende BESSONE que “apresenta-se como traço específico da parte *contratual*, a circunstância de entrarem os sujeitos em relações, uns com os outros, ‘*con riguardo a un contratto*’, isto é, para formar-se o acordo de vontades ou consentimento”¹²². Por sua vez, o terceiro, para GOMES, é “todo aquele que seja totalmente estranho ao contrato”¹²³. Nessa perspectiva voluntarista, considerando-se que as obrigações surgem apenas da vontade validamente manifestada pelas partes, aqueles que não a manifestaram não poderiam estar obrigados, de modo que a obrigatoriedade do contrato atingiria apenas as partes.

Observa-se que, nessa linha de entendimento, o critério definidor das qualidades de parte ou terceiro é apenas a vontade, de modo que, para a compreensão dos pólos subjetivos da relação contratual é preciso que se tenha em conta a manifestação de vontade de quem quer se submeter a uma relação contratual. O conceito de parte é oferecido, por conseguinte, positivamente, a partir da verificação da manifestação de vontade de ingressar em uma relação contratual. Residualmente, todos aqueles que não tiverem efetivamente manifestado sua vontade de tomar parte em um contrato são considerados terceiros quanto a este, não podendo ser atingidos pelos efeitos daquilo com o que não consentiram. Logo, o conceito de terceiro é oferecido negativamente, a partir da ausência de manifestação de vontade. Por isso se diz que terceiro é quem não é parte do contrato¹²⁴.

Atualmente, contudo, reconhecendo-se que a função social faz parte do próprio conceito de contrato, dificulta-se a aceitação da primazia dos critérios voluntaristas para o explicar. NEGREIROS, nessa senda, considera que a utilização desse critério para a identificação de partes e de terceiros não é condizente com a atual teoria do contrato fundada nos princípios da boa-fé e função social. Logo, “surge do processo de socialização do contrato a

¹²² BESSONE, Darcy. *Do contrato*. p. 117.

¹²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 43.

¹²⁴ Assim, segundo SERPA LOPES, “por terceiro entendem-se os que de modo algum não figuraram no contrato, excluídos do nosso estudo os casos em que os terceiros são expressamente nele visados, como no do contrato por terceiro ou nas estipulações em favor de terceiro, ou naquelas outras espécies de terceiros atraídos mais energicamente no âmbito contratual, como os sucessores universais e a título particular, ou ainda os credores quirografários” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. p. 108 - 109). Observe-se que o autor segue a tendência apresentada, oferecendo um conceito negativo de terceiro, ressalvado por alguns casuísmos, os quais, em geral, eram apresentados pela doutrina como exceções já na configuração clássica do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

necessidade de proceder a uma nova qualificação de ‘partes’ e ‘terceiros’, a qual não arranque exclusivamente da vontade e considere outros fatores como relevantes na elaboração dessa *summa divisio*”¹²⁵. Procura-se, assim, identificar outro fundamento para embasar essa qualificação que seja mais condizente com a atual teoria dos contratos. BETTI, também, reconhecendo a interação e a variabilidade existentes nas relações contratuais travadas na sociedade, aponta para a necessidade de uma revisão dos critérios de qualificação de partes e terceiros ao constatar que

a qualificação de terceiro não é entendida como uma espécie naturalística e considerada constante: pelo contrário, ela tem, essencialmente, carácter de relatividade e variabilidade, em função dos interesses que estão em jogo. É decisivo, para a atribuição da qualificação, o critério do interesse protegido pelo direito, unido à recognoscibilidade da relação em discussão e ao carácter independente ou subordinado da posição jurídica, tendo também em conta a interferência entre posições diversas.¹²⁶

O debate acerca desse ponto foi desenvolvido, principalmente, na França¹²⁷⁻¹²⁸, a partir da publicação de três artigos na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, baseando-se na evolução da teoria contratual, em função da qual, contemporaneamente, se requer sejam também as noções de parte e de terceiros elaboradas à luz dos novos princípios informadores do contrato, os quais se opõem à concepção individualista do instituto. Segundo NEGREIROS, percebe-se um ponto em comum nas obras francesas em comento no sentido da consideração de que o contrato “não é mais um mundo fixo e hermeticamente fechado, mas apenas um componente do comércio jurídico no qual se desenvolvem interações inevitáveis”¹²⁹, o que conduz os autores a perceber a necessidade de uma nova conceituação de partes e de terceiros, desenvolvendo a crítica à insuficiência dos critérios clássicos.

¹²⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 220 - 221.

¹²⁶ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo II. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora: 1969. P. 108. A partir dessas considerações, BETTI entende que “é de se qualificar como terceiro todo aquele que seja estranho não só ao negócio, mas também à relação jurídica com ele constituída, modificada ou extinta” (*Idem*, p. 107).

¹²⁷ O debate foi desenvolvido na França, principalmente a partir da publicação de três artigos na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, quais sejam: GHESTIN, Jacques. *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n. 4. Ano 93. França: Sirey, out./dez. de 1994. p. 777-800; AUBERT, Jean-Luc. *A propos d’une distinction renouvelée des parties et des tiers*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n. 2. Ano 92. França: Sirey, abr./jun. de 1993. p. 263 – 278; e GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. *De l’élargissement de la notion de partie au contrat ... à l’élargissement de la portée du principe de l’effet relatif*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n. 2. Ano 92. França: Sirey, abr./jun. de 1994. p. 275 - 285.

¹²⁸ MULHOLLAND e NEGREIROS, as quais desenvolveram trabalhos recentes sobre o tema no Brasil, fizeram-no, sobretudo, a partir da recepção dessas teses francesas. MULHOLLAND, Caítulin. *O princípio da relatividade dos efeitos contratuais*. p. 266 e NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 223.

¹²⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 224.

O principal articulador desse debate foi Jacques GHESTIN, que chamou a atenção da doutrina para a questão da qualificação de partes e de terceiros ao tratar do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, provocando as críticas de AUBERT e GUELFUCCI-THIBIERGE, em um profícuo debate sobre o tema. Expressando sua conclusão sobre o tema no artigo “*Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*”, GHESTIN defende a necessidade de se apresentar uma distinção entre partes e terceiros que reconheça a insuficiência da clássica concepção voluntarista e considere a utilidade social do contrato. Assim, a proposta de GHESTIN, a rigor, não se afasta da vontade como critério indicativo da qualidade de parte, mas a alarga para considerar que “não se tutela mais apenas a vontade de concluir o contrato, porém, mais genericamente, a vontade de estar ligado ao contrato”¹³⁰. Ao lado disso, a doutrina francesa propõe um alargamento da fonte da qualidade de parte, reconhecendo que essa caracterização pode decorrer não apenas da vontade, mas, também, da lei. Ressalta, ainda, nessa proposta, que, ao contrário da formulação clássica na qual a qualidade de parte é fixada no momento da conclusão do contrato, cingindo-se à quem emitiu a vontade de se obrigar, essa qualificação pode ser adquirida após a conclusão do contrato, durante a sua execução. Nesse sentido, explica GHESTIN que

quando da conclusão do contrato, serão então partes as pessoas que manifestaram sua vontade à formação do contrato. Isto ninguém nega. Mas ainda restam igualmente aqueles que enquanto da execução do contrato têm o poder de anuir ou modificar através do mesmo procedimento contratual, isto é, por um acordo de vontades, sendo igualmente qualificados, neste momento, de partes¹³¹.

A doutrina francesa expressa, ainda, a necessidade de leitura do contrato e dos seus princípios informadores considerando sua inserção em um sistema jurídico que neles influi. Neste sentido, GUELFUCCI-THIBIERGE afirma que “*le contrat s’intègre dans un ordre juridique qui influe sur lui; par delà son effet obligatoire susceptible de s’étendre, il est un fait plus ou moins fortement opposable aux tiers*”¹³². Assim, o princípio da relatividade dos

¹³⁰ GHESTIN, Jacques. *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*. p. 785.

¹³¹ GHESTIN, Jacques. *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*. p. 788. A partir disso, GHESTIN apresenta uma classificação do aspecto subjetivo do contrato em três categorias: (a) as partes contratantes, que manifestaram seu consentimento para a formação do contrato; (b) as partes vinculadas ao contrato, as quais, embora não tenham manifestado sua vontade no momento da formação do contrato, adquiriram a qualidade de parte durante a execução do contrato, sendo titulares ativos ou passivos dos efeitos obrigatórios do contrato; (c) terceiros, os quais são somente atingidos pela oponibilidade que emerge do contrato enquanto fato social.

¹³² GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. *De l’élargissement de la notion de partie au contrat ... à l’élargissement de la portée du principe de l’effet relatif*. p. 275-276. Em tradução livre, significa que o contrato se integra numa ordem jurídica que influi sobre o mesmo; além disso, seu efeito obrigatório suscetível de alargamento, torna-se oponível em maior ou menor grau aos terceiros.

efeitos do contrato deve ser entendido a partir de sua inserção no sistema jurídico, de modo que à vontade não mais é oferecida a força de outrora, uma vez que as manifestações devem ser compreendidas contextualmente, em conformidade com a ordem contratual hodierna, o que compreende a satisfação da função social do contrato¹³³.

Percebe-se, pois, que se trata de uma qualificação baseada não exclusivamente no momento da conclusão do contrato – consoante a orientação clássica – abrangendo a sua execução, já que, para o GHESTIN, é somente nessa fase “que se poderá avaliar quem está ligado aos efeitos obrigatórios do contrato (eficácia direta e efeitos relativos) e quem somente tem o dever de respeitar a situação jurídica criada (oponibilidade do contrato)”¹³⁴. O fundamento dessa construção é, segundo o referido autor, a utilidade social do contrato, a qual mostra a necessidade de se estender os efeitos obrigatórios deste a quem não tenha intervindo na formação do contrato, mas seja abrangido no momento de sua execução.

Portanto, para GHESTIN, são consideradas partes contratuais tanto quem manifestou a sua vontade para a formação do contrato, como as partes que se encontram vinculadas ao mesmo no momento de sua execução, por serem titulares passivos ou ativos dos efeitos obrigatórios do contrato. O conceito de terceiro, a seu turno, continua sendo expresso a partir de uma formulação negativa, considerados “*toutes les personnes qui ne sont concernées que par l’opossabilité du contrat, en dehors de tout effet obligatoire*”¹³⁵, parecendo, efetivamente, difícil oferecer um conceito positivo abrangente.

Embora seja possível observar que as formulações francesas não se afastam completamente da manifestação da vontade no âmbito contratual para a qualificação das partes e de terceiros, as observações parecem adequadas na medida em que a reestruturação do princípio da autonomia privada não elimina um âmbito de liberdade no qual os sujeitos possam travar relações jurídicas, ficando obrigados ao cumprimento do pactuado. Se esse espaço atualmente é mais restrito, não está, contudo, eliminado, e um contrato será

¹³³ Nesse sentido, por todos, FONSECA relaciona o aspecto extrínseco da função social do contrato aos “impactos que um contrato possa ter com relação a terceiros não contratantes” (FONSECA, Rodrigo Ricardo. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39). Assim, segundo MULHOLLAND, “partes contratuais seriam consideradas todas as pessoas que sofrem total ou parcialmente os efeitos do contrato (neste caso, mesmo não tendo consentido ou se manifestado no sentido de aderir aos efeitos do contrato)” (MULHOLLAND, Caitilin. *O princípio da relatividade dos efeitos contratuais*. p. 268). Entende-se, assim, que os efeitos dos contratos podem atingir terceiros, sem que, com isso, sejam transformados em partes contratuais; para que isto ocorra, é preciso que manifestem a sua vontade ou que tal situação decorra da lei.

¹³⁴ Essa é a conclusão apresentada por MULHOLLAND a partir das considerações tecidas por GHESTIN. MULHOLLAND, Caitilin. *O princípio da relatividade dos efeitos contratuais*. p. 268.

¹³⁵ AUBERT, Jean-Luc. *A propos d’une distinction renouvelée des parties et des tiers*. p. 267, significando, em tradução livre, que são terceiros todas as pessoas que somente são alcançadas pela oponibilidade do contrato, estando de fora do efeito obrigatório contratual.

vinculativo para quem efetivamente manifestou sua vontade de ingressar na relação jurídica contratual e de se sujeitar aos seus efeitos, desde que atenda, concomitantemente, às exigências de boa-fé e função social, as quais contribuem para estruturar o contrato contemporâneo. A crítica surge, portanto, em não se restringir a noção de parte contratual àqueles que manifestaram sua vontade no momento da conclusão do contrato, pois tal qualificação pode emergir durante a execução.

Outrossim, a construção que reconhece que pessoas podem ser consideradas partes contratuais por efeito da lei, a rigor, não está dissociada da realidade jurídica brasileira, a qual pode aproveitar as construções acima apresentadas. Exemplo dessa situação, no direito brasileiro, seria o da sucessão de empresas, pois os sucessores podem se tornar devedores e credores de contratos concluídos anteriormente, não em razão da manifestação de sua vontade expressa no momento da conclusão do contrato, mas ao longo da execução, por efeito de uma norma jurídica¹³⁶. Interessante mencionar, ainda, que a ligação entre a função social do contrato e a relatividade dos efeitos contratuais tem sido, embora ainda timidamente, reconhecida pela jurisprudência brasileira para aceitar a incidência de efeitos contratuais sobre pessoas que não manifestaram sua vontade no momento da conclusão do contrato, sendo por ele abrangidas durante a execução¹³⁷.

¹³⁶ Capítulo X do Código Civil de 2002 (Da transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades). MULHOLLAND menciona o exemplo da sucessão a título universal e, também, o caso da representação legal, na qual a qualidade de parte, segundo a autora, não decorre da vontade do representante de se obrigar, mas de imposição legal que prevê a necessidade de representação do absolutamente incapaz para os atos da vida civil (MULHOLLAND, Caitilin. *O princípio da relatividade dos efeitos contratuais*. p. 270). Também SERPA LOPES lembra que os sucessores a título universal, embora não tenham participado da conclusão do contrato, podem ser envolvidos pelos seus efeitos, tanto do ponto de vista ativo (crédito) como passivo (débito), sendo atingidos pelo contrato “de um modo direto”, em decorrência de previsões contidas em normas jurídicas (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. p. 105). SERPA LOPES, ainda, menciona os casos de transformações de sociedades comerciais, nos quais as partes contratuais podem ser determinadas pela lei (*Idem*, p. 106). De fato, o artigo 1.116 do Código Civil prevê que, na incorporação, a sociedade que absorve as demais as sucede em todos os direitos e obrigações, ocorrendo o mesmo em casos de fusão (art. 1.119 do CCB/02).

¹³⁷ Essa orientação pode ser observada, exemplificativamente, na conclusão alinhavada no Agravo de Instrumento n. 2003.007798-7, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ/SC, Agravo de Instrumento n. 2003.007798-7 (Blumenau), Rel. Des. José Mazoni Ferreira, j. em 14/08/2003). Tratava-se de uma ação de indenização proposta pela vítima de acidente de veículo diretamente contra a companhia seguradora. Foi alegada a ilegitimidade de parte, dizendo que a demanda não poderia ser ajuizada diretamente contra a companhia seguradora, com base no princípio da relatividade dos efeitos contratuais, uma vez que o contrato só produz efeitos entre as partes contratantes, ou seja, segurador e segurado. O Tribunal, entretanto, julgou improcedente a alegação, entendendo que a vítima do evento danoso pode propor ação diretamente contra a seguradora, nos termos em que esta se obrigara para com o segurado, fazendo-o com fundamento na função social do contrato. No corpo do acórdão, constou que “a função social do seguro é, pois, o fundamento primordial e inafastável para o agasalhamento da tese tendente a viabilizar, em juízo, em caso de seguro facultativo, o acionamento direto da seguradora, para, nos limites do contrato, de modo solidário com o segurado, ser satisfeita a indenização pertinente” (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA Agravo de Instrumento n. 2003.007798-7. Rel. Des. José Mazoni Ferreira, j. em 14/08/2003. www.tj.sc.gov.br Acesso em 12 de dezembro de 2007). Também o STJ, como mostra NEGREIROS, firmou posição nesse sentido, podendo-se verificar a

Por conseguinte, compreende-se que uma interpretação atual do princípio da relatividade dos contratos, no que concerne aos seus elementos subjetivos, deve atentar para o fato de que alguém não pode vir a ser considerado parte contratual pelo simples efeito da vontade de outra pessoa, não obstante tal qualidade possa derivar da ordem jurídica, sendo possível que o contrato crie direitos e obrigações para pessoas que não manifestaram sua vontade no momento da conclusão do contrato. Anote-se, contudo, que não é acertado, a partir dessa construção teórica “tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes no contrato”¹³⁸. Certamente que não é possível afirmar que o contrato passa a obrigar terceiros, de modo que, por exemplo, os deveres de prestação continuarão sendo devidos pelas partes contratuais. Não é possível, todavia, ignorar que o contrato, enquanto fato social, pode ter repercussões no campo social, surtindo efeitos que não alcançam apenas as partes contratantes, mas, também, outros componentes do tecido social.

Nesta linha, por conseguinte, importa considerar a relatividade dos efeitos contratuais quanto ao seu *elemento objetivo*, relacionado à eficácia contratual, ou seja, ao conjunto de conseqüências jurídicas geradas pelo contrato em relação às partes e a terceiros.

Classicamente, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais era invocado para explicar que os efeitos do contrato somente poderiam atingir as partes contratantes, sem prejudicar ou beneficiar terceiros. Assim, no que concerne ao seu elemento objetivo, o princípio visava limitar o efeito obrigatório do contrato às partes que manifestaram a sua vontade, sendo

idêntica diretriz adotada em caso bastante semelhante: STJ, REsp 444.716/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. em 11.05.2004. A respeito da fundamentação da decisão na função social do contrato, extrai-se do voto da Min. Nancy Andrighi: “Sobre a legitimidade da seguradora para figurar no pólo passivo em ação ajuizada por terceiro, a jurisprudência das duas turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é cabível a ação direta do terceiro, em face da seguradora. Assim demonstram as seguintes ementas: “*Recurso especial. Ação de indenização diretamente proposta contra a seguradora. Legitimidade. 1. Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro. 2. Recurso especial não conhecido.*” (REsp 228.840/RS; DJ: 04/09/2000: Rel.p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito). “*RESPONSABILIDADE CIVIL. Acidente de trânsito. Atropelamento. Seguro. Ação direta contra seguradora. A ação do lesado pode ser intentada diretamente contra a seguradora que contratou com o proprietário do veículo causador do dano. Recurso conhecido e provido.*” (REsp 294.057/DF; DJ:12/11/2001; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). A visão preconizada nestes precedentes abraça o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF), em que se assenta o princípio da função social do contrato, este que ganha enorme força com a vigência do novo Código Civil (art. 421). De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro, seja por este diretamente reclamada da seguradora. Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes – as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros – maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida. Cumpre-se o princípio constitucional da solidariedade e garante-se a função social do contrato” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 444.716/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. em 11.05.2004. <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 10 de fevereiro de 2008).

¹³⁸ A advertência foi bem exposta por AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. p. 16.

utilizado como justificativa para que terceiros pudessem ignorar as relações contratuais existentes, criando-se uma redoma que distanciava o contrato do contexto social e assentava-o, exclusivamente, na autonomia privada.

A rigor, a relatividade dos efeitos dos contratos reflete a idéia da relatividade dos direitos de crédito, amplamente difundida, segundo a qual as obrigações compõem a categoria dos direitos relativos, devido à sua característica de comportar vínculos específicos. Aos direitos relativos, contrapõem-se os absolutos ou *erga omnes*, “*nos quais se reconhece a existência de um vínculo universal ou geral que liga o sujeito activo a todos os outros indivíduos*”¹³⁹. A esses direitos absolutos – como, por exemplo, a propriedade – corresponde uma obrigação passiva universal, consubstanciada no dever de todas as outras pessoas respeitar e não interferir no exercício daqueles direitos. Já os direitos de crédito – relativos – são eficazes apenas *inter partes*, pois possuem um conteúdo positivo identificado por uma determinada obrigação a ser satisfeita pelo devedor em face do credor, de modo que somente essas partes sofrem os efeitos diretos da relação jurídica. A consequência dessa concepção clássica é a conclusão de que os direitos absolutos poderiam ser ofendidos por qualquer pessoa, enquanto os direitos relativos somente o poderiam pelas partes, ou seja, na relação contratual, pelo credor e devedor. Logo, a obrigação passiva universal, isto é, “o dever a todos dirigido de respeitar o direito”¹⁴⁰, alcançaria apenas os direitos absolutos e não poderia ser invocada face aos direitos de crédito.

Atualmente, contudo, não mais se justifica essa leitura. Consoante sublinha PERLINGIERI:

*la distinzione tra situazioni assolute e relative há perso la sua giustificazione storica allorché, sul fondamento del dovere di solidarietà e della conseguente responsabilità, ciascuno deve rispettare qualsiasi situazione ed il titolare della stessa há una prestesa alla sua conservazione nei confronti di chiunque.*¹⁴¹

Também ALMEIDA COSTA observa a necessidade de superação dessa orientação clássica, reconhecendo que além de um efeito interno das obrigações, eficaz entre as partes, reconhece-se, hodiernamente, “um efeito externo, traduzido no dever imposto às restantes pessoas de respeitar o direito do credor, ou seja, de não impedir ou dificultar o cumprimento

¹³⁹ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2001. p. 79.

¹⁴⁰ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. p. 79.

¹⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive patrimoniali*. p. 411. Em tradução livre, significa que a distinção entre situações relativas e absolutas tem perdido sua justificação histórica já que, com fundamento no dever de solidariedade e na consequente responsabilidade, qualquer um deve respeitar quaisquer situações e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação em relação a qualquer um.

da obrigação”¹⁴². A idéia, portanto, que passa a ser propagada é de que a relação jurídica contratual deve ser tutelada não apenas entre as partes, mas também em face de terceiros, os quais devem respeitá-la.

É a partir dessas constatações que a doutrina passou a se preocupar em explicar o elemento objetivo da relatividade dos efeitos contratuais, distinguindo os efeitos internos dos efeitos externos do contrato, sua relatividade de sua oponibilidade.

Nessa esteira, os efeitos internos dizem respeito à relação jurídica pactuada entre partes e os efeitos obrigatórios dela decorrentes, enquanto os externos referem-se às repercussões do contrato para além das partes contratuais. A rigor, o reconhecimento da eficácia externa do contrato decorre de sua consideração como um fato social, que, enquanto tal, não pode ter sua repercussão artificialmente restrita ao conjunto de pessoas que manifestaram sua vontade no momento da conclusão do contrato. Já na década de sessenta Alvino LIMA explicava que o contrato, como fato social, não deixa de produzir certas repercussões que alcançam terceiros¹⁴³. No mesmo sentido, entende MULHOLLAND que

o duplo aspecto da eficácia, diferenciando-a em direta ou indireta, é resultado da consideração do contrato, em primeiro lugar, como relação jurídica, e em segundo, como fato jurídico. A eficácia direta é, portanto, aquela que produz os efeitos dentro da relação jurídica, significando o conteúdo obrigatório do contrato, enquanto a eficácia indireta ou reflexa é aquela que diz respeito às repercussões dos efeitos do contrato fora do âmbito contratual, enquanto fato jurídico, ou seja, relativamente a terceiros.¹⁴⁴

¹⁴² ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. p. 80. No mesmo sentido, ITURRASPE afirma que “*el contrato es oponible frente a todos, erga omnes. Es un error creer que solo los derechos reales se dan erga omnes y que por eso son absolutos. Toda relación jurídica, sea real o personal, se da erga omnes y debe ser respetada por los terceros; su violación aparece siempre responsabilidad*” (ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos: edicion actualizada*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998. p. 344).

¹⁴³ LIMA, constatando que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais não pode mais ser entendido com a rigidez de outrora, fala em um “princípio da oponibilidade do contrato contra os terceiros”, assim explicando: “o contrato não pode ser considerado apenas nos seus efeitos jurídicos; sendo uma realidade concreta, um fato social, um valor patrimonial, a sua existência não se limita às partes contratantes. Aquele mesmo sujeito passivo universal, que existe no direito real, observa Demogue, existe no direito de crédito, sujeito obrigado ao dever de abster-se de violar o contrato, não se tratando de uma obrigação resultante da relação contratual. Há um dever legal de não intervir na esfera da atividade de outrem, de respeitar os direitos de outrem, de *neminem laedere*; um direito, que apenas o contratante seja obrigado a respeitar e que terceiros possam impunemente desprezar, não teria absolutamente valor; não poderiam subsistir mais relações sociais nem jurídicas, possíveis; a anarquia sucederia ao reino da lei. O contrato, pois, como fato social, em virtude da sua existência, conferindo direitos e deveres, não pode deixar de produzir certas repercussões relativamente a terceiros; não pode deixar de ser logicamente oponível contra terceiros, não quanto aos seus efeitos diretos, imediatos, mas os indiretos, nascidos do jogo de interferências entre eles e as situações marginais” (LIMA, Alvino. *A Interferência de Terceiros na Violação do Contrato*. In: Revista dos Tribunais. Vol. 315. Ano 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan./1962. p. 14 - 30. p. 17-18).

¹⁴⁴ MULHOLLAND, Caitilin. *O princípio da relatividade dos efeitos contratuais*. p. 273.

De fato, essa distinção é considerada pela doutrina um importante desenvolvimento do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, em face da concepção clássica, pois a sua apreensão como fato social oferece fundamentos para a relevância externa do crédito. Fala-se, a partir dessa bipartição da eficácia do contrato, na necessidade de se distinguir a eficácia das obrigações contratuais, ou a relatividade do contrato, de sua oponibilidade. Segundo NEGREIROS, “a obscuridade dos contornos desta distinção, de que se ressentia a doutrina brasileira, está associada à tendência para se tratar o contrato como um fenômeno exclusivamente privado, concernente apenas aos interesses particulares dos contratantes”¹⁴⁵.

A distinção entre relatividade e oponibilidade do contrato, por conseguinte, é vista como um elemento auxiliar na expressão do alcance da função social do contrato e da mitigação da perspectiva individualista que o assentava apenas na autonomia da vontade. Assim, recorrendo à doutrina francesa para explicitar o sentido de cada uma das expressões, AZEVEDO¹⁴⁶ entende que a oponibilidade do contrato decorre da mera existência deste, que, enquanto fato social, não pode ser ignorado pelos terceiros. Deste modo, tem por alvo as pessoas que são externas ao contrato, sendo que a oponibilidade é a regra, e a inoponibilidade, a exceção (presente quando, por exemplo, a lei exige o registro do contrato para que tenha eficácia perante terceiros).

Se os efeitos diretos do contrato obrigam as partes e caracterizam a relatividade do contrato, a oponibilidade, decorrente da sua função social do contrato, acarreta a terceiros um dever de respeitar as relações contratuais existentes na sociedade, reformulando a concepção clássica que eximia aqueles que não participassem do acordo de qualquer observância com relação ao que fora pactuado por outrem. A oponibilidade do contrato, por conseguinte, traduz-se, segundo NEGREIROS, em uma “obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte”¹⁴⁷. Logo, fundamental distinguir a eficácia direta do contrato, relacionada com a obrigatoriedade daquilo que foi pactuado entre as pessoas que manifestaram sua vontade e deve existir entre as partes contratantes, da oponibilidade do contrato, a qual, decorrente do conhecimento que um

¹⁴⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 268.

¹⁴⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento do Contrato. In: Revista dos Tribunais. Vol. 750. Ano 87. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/1998. p. 113 - 120. p.117. AZEVEDO toma por base a distinção apresentada pela doutrina francesa entre os termos *relativité* (relatividade dos efeitos) e *opposabilité* (oponibilidade dos efeitos) (*Idem, ibidem*).

¹⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 272.

terceiro tenha do contrato, determina a necessidade de que o contrato, enquanto fato jurídico, seja respeitado por terceiros.

Conseqüentemente, a “relatividade do contrato”, nessa concepção, explica apenas uma espécie de efeitos contratuais, que são os efeitos diretos constituintes do núcleo da obrigatoriedade do contrato. A estes se deve somar a “oponibilidade do contrato”, a partir da qual se admite a possibilidade de que um contrato cause efeitos que aproveitem ou prejudiquem terceiros, bem como sofra impactos das ações destes¹⁴⁸. É desse entendimento que emerge a doutrina da tutela externa do crédito, reconhecendo a possibilidade de responsabilização de terceiro que tenha indevidamente interferido em uma relação contratual da qual tinha prévio conhecimento.

A eficácia do contrato, portanto, sofre os influxos da adoção do princípio da função social na base do contrato, pois, mitigando-se o dogma da autonomia privada, reconhece-se a obrigatoriedade de seus efeitos internos, quando adequados aos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a possibilidade de causar reflexos que atinjam a sociedade, para além das partes contratantes. Interessantes, nessa linha, as conclusões de DÍEZ-PICAZO e GULLÓN:

mas lo cierto es que el contrato, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del contrato en el mundo de la realidad jurídica acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los contratos ya realizados. Los contratos que se van realizando contemplan y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. El contrato, como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica, no es jamás indiferente para los terceros. (...) En realidad, y dado que, como decía Ihering, todo negocio jurídico produce un efecto reflejo para los terceros de modo involuntario (porque al igual que ocurre en el mundo físico o natural, todo hecho jurídico no se puede aislar en el mundo jurídico, sino que se relaciona con todo su entramado), es claro que los terceros han de respetar la situación jurídica creada por el contrato, absteniéndose de la celebración de otro contrato con aquél incompatible porque lesiona las posibilidades de su cumplimiento. Pero ese respeto está condicionado a que los terceros lo conozcan antes”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Nesse sentido, explica GONZÁLES: “as partes que tenham dado vida ao contrato querem assegurar a máxima amplitude de seus efeitos; os terceiros, por sua vez, querem evitar ser alcançados pelos efeitos porque não toleram nenhum atentado contra sua liberdade. A distinção entre efeitos obrigatórios do contrato [relatividade do contrato] e oponibilidade permite arbitrar o conflito: o efeito obrigatório não se refere nunca aos terceiros, sua liberdade está a salvo; no entanto, a oponibilidade existe *erga omnes*, assumindo a consideração do caráter social dos direitos. Essa distinção é fundamental para entender o significado exato do princípio da relatividade dos contratos” (GONZÁLES *apud* MULHOLLAND, Caitilin. *O princípio da relatividade dos efeitos contratuais*. p. 276).

¹⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis e GULLÓN, Antonio *apud* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do Novo Direito Contratual*. p. 117.

Essa releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato abre espaço para a consideração de duas hipóteses principais: quando um terceiro, ou seja, alguém que não participe do contrato, interfira indevidamente sobre o mesmo, ou, ao contrário, quando terceiros sofram consequências advindas de uma relação jurídica contratual existente.

5.4.1.2. A tutela externa do crédito

A chamada tutela externa do crédito surge, atualmente, como um eloquente exemplo da releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, reconhecendo, a partir da sua oponibilidade, que o contrato, enquanto fato social, insere-se em um contexto comunitário e deve ser por todos respeitado. Como exposto por MARTINS-COSTA, “o problema central está em saber se um terceiro (que não é ‘parte’ no contrato) pode ser responsabilizado, perante o credor, por lesar o direito de crédito, ou, noutra perspectiva, por interferir com o contrato obrigacional, violando o dever de abster-se de interferir maliciosamente na relação de crédito alheia”¹⁵⁰.

Assim, a tutela externa do crédito não diz respeito propriamente à proteção do interesse de terceiros ou da sociedade pelos contratantes, referindo-se, antes, ao dever de respeito aos contratos existentes no tecido social que é devido pelos terceiros. Isso porque, reconhecida a oponibilidade do contrato e “aceita a idéia de função social do contrato (...) torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse”¹⁵¹.

Se na perspectiva clássica voluntarista do contrato a sua eficácia ficava restrita à relação entre devedor e credor, a partir da renovação da teoria contratual e da incidência da função social do contrato reconhece-se que este pode gerar efeitos que refletem na sociedade, bem como sofrer impactos advindos de fontes externas às partes contratantes. Nessa linha, a doutrina da tutela externa do crédito busca resguardar o contrato celebrado das influências indevidas de terceiros, os quais não podem ignorar sua existência e agir de modo a violar o direito de crédito alheio. Abrange, assim, a possibilidade de responsabilização por dano “derivado do fato de terceiro ter praticado indevida intromissão contra relação contratual ou pré-contratual alheia”¹⁵².

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. p. 98.

¹⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do contrato*. p. 116 - 117.

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. p. 100.

De fato, a questão, como aponta NORONHA, centra-se no peso que é oferecido à autonomia privada conferida às pessoas. “Tanto o efeito relativo do contrato, como a própria liberdade contratual só têm valor na precisa medida em que a autonomia privada é relevante, por razões de ordem econômica e social”¹⁵³. E, se é certo que a autonomia privada continua sendo valorizada no sistema jurídico brasileiro, deve ser conjugada com os demais princípios que configuram a ordem contratual hodierna. Assim, não pode ser admitido o exercício da liberdade contratual em dissonância com a função social do contrato, de modo que terceiro que conheça a existência do contrato alheio não está autorizado a agir de forma abusiva, frustrando o fim contratual ou o legítimo direito de crédito das partes contratantes.

Reconhecendo que o contrato representa um fato social ao qual terceiros não podem ser indiferentes, PERLINGIERI afirma que “é verdade que a obrigação é relação que interessa ao devedor e ao credor, mas também é verdade que esta relação tem relevância externa”¹⁵⁴. Nesse contexto, a doutrina identifica duas situações nas quais é possível invocar a tutela externa do crédito¹⁵⁵: quando um terceiro instiga o credor a não cumprir com sua obrigação, havendo uma indução direta ao inadimplemento, e quando um terceiro celebra com o devedor um contrato incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida perante o credor, de modo que, reflexamente, provoca o inadimplemento¹⁵⁶. Em ambos os casos, o terceiro, conhecedor que era da existência do contrato, pode ser chamado a responder. Nada mais correto, segundo PERLINGIERI, pois há

uma ampliação das fronteiras da responsabilidade extracontratual, em relação ao princípio de solidariedade constitucional: se o comportamento do sujeito é lesivo de uma situação juridicamente relevante (absoluta ou relativa) de maneira a provocar um dano injusto, não há motivo de excluir a responsabilidade de quem provocou a lesão.¹⁵⁷

¹⁵³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 120.

¹⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 142.

¹⁵⁵ Segundo PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”. In.: TEPEDIN, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). *Diálogos sobre Direito Civil*, Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁵⁶ Essa situação pode ser exemplificada com dois casos bastante conhecidos: o primeiro, que deu ensejo ao parecer de Antonio Junqueira AZEVEDO (*Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do contrato*), refere-se aos casos das atravessadoras que colaboram para a violação de contratos de distribuição de combustíveis, nas hipóteses em que uma companhia distribuidora mantém um contrato com determinados postos, os quais ostentam a bandeira daquela, e outras distribuidoras oferecem seus produtos, mesmo sabendo da existência do contrato. Ao celebrar o contrato com essas outras distribuidoras, os postos quebram o contrato de exclusividade que mantinham com a companhia distribuidora. Entende-se, assim, que as atravessadoras podem ser responsabilizadas por contribuir para a violação do contrato. Outro caso mais recente é o do cantor Zeca Pagodinho que celebrou contrato de publicidade, com cláusula de exclusividade, com referência a uma marca de cerveja e, durante a vigência desse contrato, celebrou contrato com outra marca, estrelando campanha publicitária desmerecendo a primeira. A campanha a publicitária foi considerada abusiva, anotando-se que a segunda cervejaria deveria respeitar o primeiro contrato.

¹⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 142.

Embora existam opiniões em sentido contrário a esse entendimento, mantendo-se firme na posição de que terceiros não podem ser responsabilizados em função de um contrato do qual não são partes¹⁵⁸, entende-se que a tutela externa do crédito decorre da oponibilidade do contrato, em uma leitura que parte da sua função social, podendo, destarte, conduzir à responsabilização de terceiros. Nesse sentido, menciona-se o Enunciado 21 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, assim fixado: “a função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

Ressalta, assim, a conexão entre a doutrina da tutela externa do crédito e a função social do contrato, na medida em que a liberdade de contratar do terceiro não pode ser exercida de forma contrária à função social. Não se exige, pois, a intenção de causar prejuízo ao titular¹⁵⁹, mas a interferência consciente no contrato alheio, causando prejuízos. Nesse sentido, o entendimento de NEGREIROS:

o abuso de direito associado à função social deve, a nosso ver, ser invocado para responsabilizar o terceiro que exerceu a liberdade de contratar em desacordo com a sua função social, na medida em que tal liberdade resultou na violação a um direito de crédito alheio, de cuja existência o terceiro tivera conhecimento prévio. Assim, mesmo se o intuito de prejudicar não fosse o único e específico propósito do contrato firmado entre o terceiro e o devedor, o fato é que, uma vez que se conhecia previamente a incompatibilidade entre os sucessivos ajustes, o segundo destes contratos estará em desacordo com a função social da liberdade de contratar¹⁶⁰.

A partir da oponibilidade do contrato, tem-se, por conseguinte, que, embora o contrato “não ‘obrigue’ terceiros, nem esses possam exigir o cumprimento de cláusulas contratuais, as partes podem opor seus direitos a terceiros e estes têm o dever de respeitar os direitos dos contratantes”¹⁶¹. Reconhece-se, pois, que a oponibilidade do contrato é corolário da função social, impondo a terceiros a obrigação de respeitar os vínculos contratuais existentes na

¹⁵⁸ Nesse sentido, exemplificativamente, o entendimento de Mario Julio de ALMEIDA COSTA, segundo o qual “a opinião ente nós dominante, e que temos como exacta, não admite, em princípio, o efeito externo das obrigações” (ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das Obrigações*. p. 81).

¹⁵⁹ Vale consignar que parte da doutrina entende, em direta conexão com a doutrina do abuso de direito, entende que a responsabilidade de terceiro somente pode surgir se o inadimplemento contratual foi provocado com o objetivo de causar prejuízo ao titular do direito. Neste sentido, ver DINIZ, Davi Monteiro. Aliciamento no contrato de prestação de serviços: responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 27, jan./ fev. 2004. p. 82 - 92. p. 91.

¹⁶⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 255.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. p. 101.

sociedade, prestigiando-se, com isso, a continuidade do contrato e permitindo que alcance os fins aos quais se destina¹⁶².

Evidentemente, por outro lado, que o contrato não deve ser utilizado para prejudicar interesses de terceiros ou acobertar fraudes. Assim, ao mesmo tempo as partes contratantes estão protegidas da atuação prejudicial de terceiros pela oponibilidade do contrato, também não podem, em decorrência da necessidade de observância da função social, extrapolar o âmbito de exercício da sua liberdade contratual a ponto de lesar os interesses alheios. É também, nessa linha, decorrência da função social a necessidade de consideração dos efeitos que os contratos geram na sociedade, os quais não podem desviar do conjunto de situações protegidas pela ordem jurídica.

5.4.1.3. Redes contratuais

Outro importante grupo de casos que aparece ligado com a releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato a partir da função social diz respeito à consideração da eficácia do contrato na esfera de terceiros determinados, manifestando o fenômeno prático da possibilidade de interdependência entre contratos existentes na sociedade. A teoria das redes contratuais não abrange, por conseguinte, simplesmente os efeitos que o contrato pode gerar sobre terceiros, ou seja, sobre pessoas que estão fora da relação contratual considerada, mas os efeitos que um contrato pode gerar em outros contratos. O âmbito de abrangência é definido pela existência de um vínculo finalístico ou funcional entre os contratos considerados em relação, de modo que são visualizados de forma conjunta os efeitos de contratos pactuados por partes diversas e com objetos distintos. Na explicação de MARTINS-COSTA,

nesses casos a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros ou em outros contratos firmados em vista de um mesmo fim está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das 'esferas contíguas' limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade.¹⁶³

De fato, como aponta LEONARDO, trata-se de uma teoria que emergiu das necessidades sociais concretas, visualizando a inter-relação que pode existir entre contratos

¹⁶² FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. p. 53.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. p. 103.

diversos presentes na sociedade. As redes contratuais são identificadas, assim, a partir da “coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático, capaz de gerar consequências jurídicas particulares, diferentes daquelas pertinentes a cada um dos contratos que conformam o sistema”¹⁶⁴. Essa teoria faz com que se reconheça a existência de uma ligação entre contratos estruturalmente diferenciados, com partes e objetos distintos, os quais, no entanto, aparecem conexos em razão de cumprirem uma função prático-social idêntica¹⁶⁵. Assim, distingue-se a rede contratual de um conjunto desordenado de contratos devido, justamente, ao seu aspecto funcional: não há uma simples convivência entre tais contratos na sociedade, mas uma ligação que reflete identidade finalista, a mesma função econômico-social, ou, ainda, a participação em uma “mesma operação econômica que é propiciada ou potencializada pela união referida”¹⁶⁶.

Um exemplo do reconhecimento das redes contratuais está na Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. Refere-se, genericamente, a casos relacionados ao Sistema Financeiro de Habitação nos quais a empresa construtora contrata, com instituição financeira, financiamento para viabilizar economicamente uma construção, com a constituição de garantia real sobre o empreendimento (abrangendo o terreno e as unidades que serão nele construídas). Não obstante, a construtora celebra compromisso de compra e venda com quem deseja adquirir as unidades construídas. A idéia é que os adquirentes efetuem o pagamento à construtora, a qual repassa os valores ao agente financeiro, de modo que, ao final, há o levantamento da hipoteca sobre as unidades construídas.

Ocorreram, contudo, situações nas quais o adquirente do imóvel quitou a totalidade do preço devido e o construtor não pagou o financiamento tomado junto à instituição financeira. Esta, por sua vez, buscando saldar a dívida, procurou executar a unidade hipotecada do adquirente, de modo que este, que era terceiro em relação ao contrato de mútuo, passou a ser ameaçado com a execução hipotecária. Por sua vez, o agente financeiro, com base no princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, argumentou que, não tendo sido parte no

¹⁶⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 94. Vol. 832. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2005. p. 100 – 111. p. 102.

¹⁶⁵ Nas palavras de LORENZETTI, o grupo de contratos integrantes de uma rede contratual “no es sólo una unión conacional de contratos, que puede ser analizada mediante el examen de los vínculos individuales. Se requiere una comprensión del sistema y por ello, de una teoría sistemática” (LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: Conceptualización Jurídica, Relaciones Internas de Colaboración, Efectos Frente a Terceros. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1998, p. 22 - 58. p. 30).

¹⁶⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos. p. 103.

contrato de compra e venda celebrado entre a construtora e o adquirente, a quitação efetuada por este não poderia lhe ser oposta.

Observa-se, portanto, que existem duas relações distintas: primeiramente, há uma relação jurídica com constituição de garantia hipotecária sobre o terreno e as unidades habitacionais entre o construtor e a instituição financeira; em um segundo momento, um compromisso de compra e venda, pactuado entre a construtora e o adquirente do imóvel. Indica-se, assim, nos termos da Súmula 308 do STJ, que essa garantia real não tem efeitos perante o adquirente do imóvel, sendo, a rigor, indiferente que este negócio jurídico tenha sido levado a registro antes ou depois da constituição do gravame. Segundo a perspectiva tradicional do princípio dos efeitos relativos, cada contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*. A partir, contudo, da teoria das redes contratuais reconhece-se que “entre relações contratuais aparentemente diversas pode haver um determinado vínculo capaz de gerar consequências jurídicas autônomas – verdadeiros efeitos para-contratuais, para além das fronteiras dos contratos singulares”¹⁶⁷.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido exposto na súmula, destacando a unicidade da operação econômica que aponta para a existência de uma rede contratual, da qual são retirados efeitos jurídicos autônomos imputados aos contratos integrantes da rede. Nesse sentido, em acórdão paradigmático, assim manifestou-se o Ministro Ruy Rosado de AGUIAR Junior:

(...) é preciso definir que o financiamento concedido à empresa construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado à venda. Os terceiros adquirentes fariam o pagamento das suas prestações com recursos próprios diretamente à construtora, ou obteriam, um financiamento pessoal junto à mesma ou a outra instituição financeira, hipótese em que tocaria a esta saldar o débito do promissário comprador perante a construtora, ficando o imóvel hipotecado em favor da instituição que financiou o promissário comprador, adquirente final (mutuário). (...) As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema. (...) O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreçar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. (...) Das três personagens que participaram do negócio, dois com intuito de lucro (portanto, correndo riscos) e um com o propósito de adquirir a

¹⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A súmula n.º 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça*. 20 f. Disponível em <http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20071112140750.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2008. p. 07.

casa própria, os dois primeiros negligentes e inadimplentes, - o primeiro por escolher mal o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber o seu crédito sem causar prejuízo a terceiros, o segundo por não pagar o financiamento recebido -, somente correu o risco e perdeu o terceiro que adquiriu e pagou(...) ¹⁶⁸.

Ressalta, portanto, novamente, que o contrato não mantém seus efeitos restritos a si e às partes expressamente contratantes, projetando-se também para o exterior. As redes contratuais expressam que a visualização dos contratos a partir da perspectiva funcional e social pode conduzir à releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato na medida em que evidencia a necessidade de se impor aos atores sociais uma atuação adequada à rede constituída, pautada pela probidade e consideração dos interesses gerais envolvidos no negócio, com vistas ao seu regular desenvolvimento ¹⁶⁹.

5.4.1.4. Eficácia do contrato em relação a terceiros não determinados

Da mesma forma que a atuação de terceiros não deve lesar o direito de crédito legitimamente constituído entre as partes contratantes (tutela externa do crédito), também o contrato não deve atentar contra os interesses de terceiros ou da sociedade em geral. De fato, como explica LIMA MARQUES, “a nova concepção de contrato é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade serão levados em conta” ¹⁷⁰. Esse mandamento decorre da própria inserção do contrato na ordem jurídica contemporânea, a qual promove a especial proteção de determinados interesses de cunho coletivo e social. Nessa linha, entende MARTINS-COSTA que “a mais prestante – e inovadora

¹⁶⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 187.940. 4a Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ. 21 jun. 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2008.

¹⁶⁹ Vale destacar, ainda, a seguinte observação de LEONARDO: “As redes de contratos não foram criadas por puro altruísmo ou desejo de colaboração interempresarial. Se a partir das redes contratuais desenvolvem-se princípios de solidariedade empresarial, isto se deve às necessidades econômicas e às situações de mercado que impulsionaram a criação de sistemas de contratos para potencializar a produção e circulação de produtos e serviços. Por outro lado, se os empresários decidem potencializar a fruição econômica de suas atividades mediante a criação de redes de contratos, as expectativas contratuais que devem ser protegidas não são apenas as expectativas das partes contratantes, mas também as expectativas de todos aqueles que interagem em rede, sobretudo os destinatários finais desta relação, presumivelmente vulneráveis ante a organização empresarial que lhes precede” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A súmula n.º 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça*. p. 11).

¹⁷⁰ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 210.

– eficácia do art. 421 diz respeito, no entanto, à extensão da eficácia – positiva e negativa – a terceiros não-determinados e a bens de interesse comum”¹⁷¹.

Um dos exemplos mais frequentes aparece relacionado à tutela do meio ambiente, protegido constitucionalmente. No que concerne ao meio ambiente, a proteção constitucional vem expressa no artigo 225, afirmando que o meio ambiente é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, consignando que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo obrigação do Poder Público e da coletividade a sua defesa e preservação. Outrossim, no artigo 170 a defesa do meio ambiente é apresentada como um dos princípios da ordem econômica. Logo, a obrigação de defesa e preservação do meio ambiente alcança, também, todos os contratos, impondo às partes a obrigação de não lesar o meio ambiente e de promover sua preservação. “A atividade contratual não apenas deve ser ‘não-lesiva’: deve ser preventiva e promocional do meio ambiente”, segundo MARTINS-COSTA¹⁷². Na mesma linha, afirma SALOMÃO que

contratos cuja execução implique risco evidente de dano ambiental, desde que seja comprovado, poderão ter sua eficácia contestada ainda que não exista qualquer lesão específica a dispositivo de lei ambiental. O mesmo se pode dizer de contratos entre empresas que afetem interesses de consumidores (aqui entendidos como totalidade dos consumidores, o mercado de consumo – *i.e.*, a concorrência ou algum outro interesse comum de todos os consumidores)¹⁷³.

Nesse sentido, a função social do contrato visa garantir que o acordo de vontades das partes, concretizado no contrato, não se dê em sentido contrário aos demais princípios de ordem constitucional e aos interesses da coletividade, servindo, ao contrário, como meio para afirmação e proteção desses anseios sociais.

5.4.2. O Perfil Interno da Função Social do Contrato

Para além do aspecto exterior, seguindo a doutrina da bipartição da função social do contrato, esta também se irradia para o interior da relação contratual, informando as relações existentes entre as partes contratantes com mandamentos de otimização dos comportamentos e de justiça contratual. Nessa linha, parcela considerável da doutrina considera que a função

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social do contrato*. p. 104.

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social do contrato*. p. 105.

¹⁷³ SALOMÃO Filho, Calixto. *Função Social do Contrato: primeiras anotações*. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 823. São Paulo: RT, 2004. p. 85.

social é composta de uma dúplici atuação, incidindo também nas relações travadas entre as partes contratantes, havendo, inclusive, quem entenda que esse viés da função social é mais claro do que sua eficácia externa¹⁷⁴.

Não obstante o prestígio da doutrina dualista, atualmente, alguns juristas entendem que a função social do contrato esgota-se no seu aspecto externo¹⁷⁵, não havendo qualquer manifestação no trato interno entre os contratantes. Efetivamente, parece ser mais difícil visualizar onde estaria o elemento social na relação mantida entre as partes. Contudo, é possível afirmar que emergem, da relação interna dos contratantes, repercussões sociais. Assim é que, além de se considerar que todos os contratos refletem no meio no qual estão inseridos, não se pode olvidar que a ordem jurídica atual conta com princípios que buscam promover a igualdade entre as pessoas e a justiça social, à qual a ordem econômica deve se conformar. Por conseguinte, a função social do contrato atua, também, nas relações internas entre contratantes, impondo a manutenção de condições contratuais que estejam em harmonia com os demais princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, sem ofensas aos interesses sociais presentes.

Nesse sentido interno, a função social do contrato aparece, em geral, relacionada à liberdade contratual e à limitação do âmbito de livre atuação dos contraentes no que concerne ao conteúdo do contrato¹⁷⁶. Do mesmo modo, a doutrina aponta que a função social do contrato, no seu aspecto interno, refere-se à promoção de parâmetros de igualdade entre as partes, vedando atitudes abusivas e informando suas condutas com vistas à manutenção de um ambiente contratual saudável. Essa é a diretriz indicada, expressamente, no enunciado número 360 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “360 - Art. 421. O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”. Antes ainda, nos enunciados de número 22 e 23 aprovados na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, já havia indicativos de reconhecimento do perfil interno da função social do contrato ao observar que

22. A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

¹⁷⁴ Nesse sentido, TARTUCE afirma que “a eficácia interna da função social é muito mais clara do que a eficácia externa” (TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. p. 245).

¹⁷⁵ Esse é o entendimento exposto, exemplificativamente, por NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 206 e THEODORO Junior, Humberto. *O contrato e sua função social*. p. 45.

¹⁷⁶ Nesse sentido, VILLAÇA AZEVEDO, para quem o artigo 421 não se refere à liberdade de contratar, mas à liberdade contratual, “que visa proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo” (VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Comentários ao Novo Código Civil*. Art.s 481 a 532. Vol. VII. TEIXEIRA, Salvo Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 34).

23. A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, nessa direção, a doutrina de Nelson e Rosa Maria de Andrade NERY, a qual, ao informar quando a função social do contrato seria descumprida, expõe, a partir de uma leitura a *contrario sensu*, o conteúdo da expressão interna da função social do contrato:

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF 3º I) e da justiça social (CF 170 *caput*), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF 1º III), não se ferirem valores ambientais (CDC 51 XIV) etc.

Haverá desatendimento da função social quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato, etc.¹⁷⁷

Percebe-se, assim, que a primeira parte das considerações acima reproduzidas refere-se ao já analisado aspecto externo da função social do contrato, âmbito no qual se conecta com os efeitos gerados pelo contrato na sociedade, trazendo exigências de respeito aos aspectos sociais que possam estar implicados. Ao referir, porém, às situações nas quais a função social do contrato seria desatendida, NERY apresenta aspectos referentes à relação entre as partes contratantes, abrangendo, principalmente, a questão do equilíbrio contratual. Evidencia-se, assim, um âmbito de incidência referente ao aspecto interno da função social do contrato, no qual atua para vedar condutas abusivas ou desproporcionais.

Em sentido semelhante, LEONARDO aponta como conteúdo da função social do contrato:

- a) a relativização dos princípios clássicos dos contratos;
- b) controle de cláusulas iníquas e abusivas;
- c) controle da conduta das partes;
- d) ponderação entre os valores econômicos e a justidade dos contratos.¹⁷⁸

No primeiro dos pontos indicados pelo referido autor é possível abranger o aspecto externo da função social do contrato, o qual aparece relacionado, principalmente, à releitura do

¹⁷⁷ NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. p. 378 - 379.

¹⁷⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função Social do Contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte Jurídica*. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2005. p. 152. Essas conclusões são apresentadas pelo autor com base na análise de acórdãos dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Paraná, Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Não obstante, pode ser aí compreendido, também, o redesenho que o princípio da autonomia privada experimenta contemporaneamente, o que reflete diretamente sobre as possibilidades do conteúdo do contrato e, por conseguinte, relaciona-se com o seu aspecto interno.

As demais indicações – todas – são expressões do aspecto interno da função social do contrato. Assim, no que concerne ao item “b”, tem-se que a função social do contrato aparece como instrumento para a manutenção do equilíbrio contratual, vedando cláusulas abusivas ou iníquas. Estaria abrangida, nesse contexto, a proteção ao adimplemento substancial e a vedação de cláusulas que imponham prestações desproporcionais a uma das partes, entre outras situações. Além disso, há quem defenda que a função social do contrato justifica, nesse contexto, “a proteção da parte economicamente mais fraca da relação”¹⁷⁹. Observe-se, contudo, que embora a função social do contrato exerça, nesse contexto, função análoga àquela já estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que concerne à vedação das cláusulas abusivas¹⁸⁰, é preciso observar que, a despeito de poder atuar na proteção da parte hipossuficiente, não há, nas relações regidas pelo Código Civil uma presunção de desequilíbrio de forças entre os contratantes identificada *a priori*¹⁸¹, de modo que é preciso considerar as condições presentes em cada caso concreto.

O terceiro ponto aparece relacionado ao controle da conduta das partes contratantes, coibindo comportamentos contratuais abusivos e indicando às partes a adoção de condutas direcionadas ao adequado processamento da relação contratual. Indica, portanto, que as partes devem adotar, durante o desenrolar da relação contratual, condutas orientadas à satisfação dos objetivos gerais presentes na contratação, atentando para o adequado cumprimento dos fins sócio-econômicos do contrato.

O último sentido – ponderação entre os valores econômicos e a justiça dos contratos – relaciona-se à consideração dos interesses e expectativas em relação ao contrato. Nesta linha, a função social é apresentada como

a cláusula geral por meio do qual permite-se que as circunstâncias concretas presentes em um conflito surgido numa relação contratual integrem o processo de decisão judicial servindo de sustentação para uma ponderação entre os interesses e

¹⁷⁹ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. p. 236.

¹⁸⁰ Não obstante o Código de Defesa do Consumidor não tenha apresentado uma definição legal de cláusula abusiva, apresentou uma disciplina ao tema a partir da indicação da abusividade em certos casos expressos (a exemplo do artigo 53) e da sua presunção em outros (arts. 39 e 51), tendo deixado os demais à indicação pela doutrina e jurisprudência com base na cláusula geral do artigo 51, inciso IV.

¹⁸¹ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. p. 66.

expectativas contratuais conforme valores reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸².

Percebe-se, pois, que a função social do contrato no seu aspecto interno aparece como diretriz interpretativa do conteúdo contratual, vedando a adoção de condutas abusivas ou iníquas e orientando a conduta das partes contratantes para a consecução do objetivo sócio-econômico visado com o contrato. Busca-se resguardar, nessa linha, valores de relevância social, promovendo-se a observância dos princípios da igualdade e do equilíbrio contratual nas relações travadas entre as partes contratantes, e, portanto, a justiça interna do contrato.

5.5. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A função social costuma ser apontada, pela doutrina, como um dos mais relevantes princípios contemporâneos no contrato. Nessa linha, afirma LÔBO que “o princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro”¹⁸³. Não obstante a indicação da natureza principiológica da função social do contrato, não se pode olvidar que esta vem apresentada no Código Civil brasileiro na forma de uma cláusula geral¹⁸⁴. Consideram-se válidas nesse contexto, por conseguinte, as observações já apresentadas no tocante à boa-fé contratual. Assim, no mesmo sentido indicado para a boa-fé objetiva, percebe-se que, a despeito da previsão da função social do contrato na forma de uma cláusula geral, a doutrina, quase unanimemente, considera-a um princípio¹⁸⁵. A rigor, apresentando-se como uma cláusula de abertura para a oxigenação do sistema a partir da consideração do contrato no contexto social, sendo dotada de considerável amplitude semântica e abstração, além de aplicável a todos os contratos, entende-se que a função social do contrato é um princípio, atualmente previsto no Código Civil na forma de cláusula geral, de modo que ambos os enquadramentos podem ser considerados corretos.

¹⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função Social do Contrato*. p. 159.

¹⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios contratuais*. p. 17.

¹⁸⁴ Nesse sentido, por exemplo, o entendimento de GOMES, Rogério Zuel. *A função social do contrato no novo Código Civil*. p. 607.

¹⁸⁵ Nessa linha, exemplificativamente, além do já mencionado entendimento de LÔBO, cita-se as doutrinas de TARTUCE, Flávio. *Função Social dos contratos*. p. 248; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil*. p. 113 e GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*. p. 50.

Não obstante, sua previsão na forma de cláusula geral conduz a questionamentos doutrinários acerca da insegurança que poderia emergir, em razão da amplitude semântica ínsita a essa técnica legislativa, bem como da tendência à aproximação entre função social do contrato e justiça contratual¹⁸⁶. Nesse sentido, aponta SILVA que “tratando-se de conceito ainda densamente obscuro, receia-se que a função social se transforme em um veículo de insegurança nas relações econômicas, tornando-as sindicáveis por meio de mecanismos cuja abrangência e força ainda pouco se conhece”¹⁸⁷.

Efetivamente, não há como explicitar, *a priori*, o conteúdo e extensão de cada possível manifestação concreta da função social dos contratos, de modo que o seu sentido vem sendo paulatinamente construído pelo trabalho doutrinário e jurisprudencial. Outrossim, sendo apresentada na forma de uma cláusula geral, a concretização da função social do contrato somente pode ser indicada à luz das circunstâncias de cada caso concreto. “Cada tipo de contrato tem uma feição específica, tem uma função social e econômica diferente, cujas particularidades devem ser levadas em consideração”¹⁸⁸. Assim sendo, não é possível delinear abstratamente uma noção única de função social para todos os contratos, pois haverá variações dependendo do tipo de contrato, das circunstâncias concretas que envolvem a contratação e, até, do bem da vida ao qual a avença aparece vinculada.

Tal variabilidade, contudo, não significa que se deve considerar cada contrato isoladamente; ao contrário, ao mesmo tempo em que há necessidade de consideração das peculiaridades do caso concreto, o sentido da função social do contrato deve ser determinado em conformidade com as demais diretrizes adotadas pelo sistema jurídico contemporâneo, primando pela observância dos seus princípios reitores.

Por conseguinte, no mesmo sentido já explicitado para a cláusula geral da boa-fé objetiva, a fundamentação de uma decisão baseada na função social do contrato não estará na simples remissão ao artigo 421 do Código Civil. Diferentemente, para que se atenda ao disposto no artigo 93, IX da Constituição¹⁸⁹, é preciso que se apresente uma verdadeira construção do sentido da norma com vistas ao caso concreto, considerando suas peculiaridades e as demais normas integrantes do sistema jurídico. Assim, para que seja satisfatória, a decisão tomada com base em uma cláusula geral deve ser buscada no sistema como um todo, destacando-se o papel

¹⁸⁶ NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro*. p. 59.

¹⁸⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil*. p. 107.

¹⁸⁸ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. p. 237.

¹⁸⁹ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observadas as seguintes normas: (...) IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)”.

da Constituição como matriz de elementos axiológicos que podem ser utilizados para fundamentar a decisão.

De fato, se à primeira vista essa amplitude da cláusula geral da função social do contrato e a ausência de critérios definidos em lei podem gerar temor de insegurança ou instabilidade, este acaba por se revelar um falso problema na medida em que se apresente adequada fundamentação à decisão baseada em uma cláusula geral. Assim, em sentido contrário, essa abertura pode ser vista como um elemento positivo, na medida em que oferece mobilidade ao sistema e possibilidade de adequação das disposições normativas às cambiantes demandas sociais e às peculiaridades de cada caso concreto emergente da complexa sociedade contemporânea.

Ademais, há que se identificar, ainda, se a função social do contrato é norma de ordem pública ou meramente dispositiva, pois, sendo este o caso, não haveria qualquer limitação para se dispor de maneira diversa no instrumento contratual, o que não seria possível, contudo, caso se tratasse de norma de ordem pública. Entende-se, pois, que a função social do contrato é preceito de ordem pública, de modo que não pode ser afastada pela vontade das partes, uma vez que, admitir que a função social do contrato fosse norma dispositiva equivaleria a admitir que o contrato poderia cumprir ou não a sua função social consoante a vontade expressa pelas partes contratantes. Diversamente, porém, tem-se que todos os contratos devem cumprir a sua função social.

Tal conclusão decorre, também, da leitura do artigo 2.035 do Código Civil, principalmente de seu parágrafo único, *verbis*:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Deste modo, quanto ao seu âmbito de incidência, a função social do contrato é preceito cogente aplicável a todos os contratos¹⁹⁰, de forma que só é protegido pelo ordenamento jurídico, contemporaneamente, o contrato que cumpre a sua função social. Abrange, ainda, nos termos do artigo mencionado, “não apenas atos e negócios realizados após 11 de janeiro do ano

¹⁹⁰ Nesse sentido, FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. p. 23. O referido autor ainda esclarece que “esse princípio legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto de direito privado quanto de direito público. É que no campo jurídico contemporâneo não há mais espaço para a separação absoluta entre o público e o privado” (*Idem, ibidem*).

de 2003, mas compreende também aqueles concluídos antes da vigência do nosso Código Civil”¹⁹¹. Outrossim, sendo norma de ordem pública, a observância ou não da função social do contrato deve ser analisada de ofício, independentemente de provocação das partes¹⁹².

Reprisa-se, nesse contexto, que a função social do contrato possui fonte constitucional, decorrendo de uma conjugação dos princípios da solidariedade social (artigo 3º, inciso I, da Constituição) e da justiça social (artigo 170, *caput*, da Constituição), dada a instrumentalização oferecida pelo contrato à concretização da livre iniciativa. Deste modo, a imposição de observância da função social do contrato decorre de uma leitura constitucionalizada do Direito Civil. Ademais, nessa linha, não parece ser factível argumentar que a função social dos contratos tende a uma perspectiva socialista, pois é apresentada em consonância com o regime capitalista garantido pela Constituição. Do mesmo modo que PERLINGIERI afirma, no tocante à função social da propriedade, que esta não esvazia a propriedade de seu conteúdo mínimo e representa uma verdadeira garantia contra a sua estatização¹⁹³, pode-se dizer que a função social do contrato é apresentada como um mecanismo que contribui para a manutenção da higidez do mercado e da própria sociedade de consumo. Estando inserida em um contexto no qual a propriedade privada é garantida, o lucro é lícito e o sistema é capitalista, a função social do contrato surge sem contradizer esses pressupostos, protegendo o mercado, o qual, deixado completamente livre, tende a se revelar autofágico. Atua, pois, na manutenção do mercado e sua higidez, mas a isso não se resume, já que, concomitantemente, agrega a preocupação com a promoção e proteção de valores existenciais e sociais.

Assim, a função social dos contratos é apresentada como preceito destinado a que os contratos se estabeleçam em uma ordem social harmônica¹⁹⁴, visando inibir qualquer prejuízo à coletividade e, ao mesmo tempo, no plano interno, valorizar o equilíbrio e a não frustração

¹⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. p. 23. O mesmo autor, porém, ressalva que “a consequência, contudo, será diferente: no primeiro caso (contratos posteriores à nova lei), haverá invalidade; na segunda hipótese (contratos pretéritos), ocorrerá ineficácia, total ou parcial” (*Idem, ibidem*).

¹⁹² Nesse sentido a proposta de enunciado apresentada por FACHIN na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “ENUNCIADO: A função social dos contratos, prevista no art. 421 do novo Código Civil e definida como preceito de ordem pública no parágrafo único do art. 2.035 do mesmo Diploma legal, é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral, cujo cumprimento pode ser averiguado *ex officio* pelo juiz” (FACHIN, Luiz Edson. In: AGUIAR Junior, Ruy Rosado de (org.). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. Disponível em <http://www.jf.gov.br/>. Acesso em 05 de janeiro de 2008).

¹⁹³ Nas palavras do autor: “*dall’intero quadro costituzionale deriva che la proprietà non può essere svuotata di qualsiasi contenuto e ridotta al rango di proprietà formale a guisa di un titolo nobiliare. Essa rappresenta non un disvalore, ma uno strumento di garanzia del pluralismo e di difesa nei confronti di ogni tentativo di statalismo*” (PERLINGIERI, Pietro. *Situazioni soggettive patrimoniali*. p. 453).

¹⁹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. p. 54.

dos interesses das partes contratantes¹⁹⁵. Nessa linha, o contrato passa a ser considerado não mais mero instrumento de circulação de riquezas, mas de desenvolvimento social, devendo, portanto, estar em consonância com as diretrizes constitucionais.

Ademais, ao mesmo tempo que, a partir da função social do contrato, pode-se apresentar uma releitura dos princípios clássicos dos contratos, não se pode afirmar que esses sejam afastados da ordem contratual contemporânea. Obrigatoriedade do pactuado, relatividade dos efeitos dos contratos e autonomia privada continuam vigentes e devem ser observados pelo intérprete-aplicador do Direito ao analisar os casos concretos. A função social do contrato não deve sufocar ou desvirtuar a função econômica do contrato, a qual continua sendo essencial para impulsionar a contratação no âmbito das relações sociais. Utilizar, portanto, a função social do contrato como cláusula de abertura para que se possa torná-lo menos obrigatório não parece condizer com a configuração atual da referida cláusula¹⁹⁶. A função social do contrato deve, por conseguinte, seguindo as diretrizes já indicadas, ser interpretada de acordo com sua inserção no sistema jurídico contemporâneo, considerando-se também os demais princípios e normas vigentes. É o que se retira da lição de SILVA, ao ressaltar que “a função social convive com os demais princípios de direito obrigacional, não os excluindo ou sendo excluída. Também em razão disso, somente no caso concreto é que se verificará o seu peso em contraposição aos demais”¹⁹⁷.

Ressalta-se, por conseguinte, a relevância da função social dos contratos na ordem jurídica civilista contemporânea, tanto no tocante ao seu aspecto interno, de manutenção de um ambiente contratual sadio, como, principalmente, no que concerne ao seu aspecto externo, considerando-se a inserção do contrato na sociedade e os seus efeitos no campo das relações sociais. Assim, sem descuidar da relevância e necessidade de consideração das demais diretrizes consagradas no sistema jurídico hodierno, é preciso atentar para o fato de que

as relações contratuais, entendidas como os móveis que dinamizam o sistema econômico capitalista, em que pese nascerem das vontades declaradas pelas partes, certamente delas se despreendem para agir no mercado e na vida econômica encadeando as mais diversas facetas desta vida econômica.

¹⁹⁵ Nesse sentido, TARTUCE entende que “a função social dos contratos está ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, amparada no art. 1º, III, da CF/1988. Ademais, tendo em vista ser um dos objetivos da República a justiça social (art. 170, *caput*, do Texto Maior), bem como a solidariedade social (art. 3º, III), nesses dispositivos também residiria a função social dos pactos” (TARTUCE, Flávio. *Função Social dos contratos*. p. 250). Também NALIN adota entendimento semelhante in NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro*. p. 50.

¹⁹⁶ Nesse sentido a advertência de FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. p. 213.

¹⁹⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil*. p. 112.

Em uma sociedade economicamente massificada, o entrelaçamento dos contratos mantidos entre os vários elos da cadeia de circulação de riqueza faz com que cada contrato individual exerça uma influência e tenha importância em todos os demais contratos que possam estar relacionados. (...)

Aceitando-se esta dupla faceta da relação contratual, tem-se que admitir a existência de uma relevância social dos contratos, extrapolando a esfera individual. Neste momento, o objetivo da solidariedade se projeta no plano contratual.¹⁹⁸

5.6. CONSEQÜÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Outro ponto relacionado à função social do contrato que tem gerado debate doutrinário e jurisprudencial diz respeito às conseqüências eficaciais do contrato celebrado sem a observância da sua função social. Isso porque, embora a função social esteja expressamente prevista no atual artigo 421 do Código Civil brasileiro, não há imediata referência de qual seria a sanção aplicável em caso de descumprimento.

Essa ausência de previsão, embora dê ensejo a diversas propostas nem sempre homogêneas, está em consonância com a técnica legislativa empregada, ou seja, com a configuração de cláusula geral oferecida à disposição constante no artigo 421 do Código Civil. Nesse sentido, afirma MARTINS-COSTA que as cláusulas gerais são caracterizadas justamente por exigirem do intérprete-aplicador do Direito que concorra ativamente não apenas para a formulação do seu conteúdo, averiguando a possibilidade de enquadrar o fato à norma, mas também para a determinação dos efeitos ou a gradação que será conferida a estes em vista do caso concreto¹⁹⁹.

Importante observar, pois, que a abstração característica de princípio que qualifica a função social não retira sua efetividade. Porém, certamente demanda algum esforço interpretativo da doutrina e da jurisprudência para que as conseqüências decorrentes da inobservância da função social do contrato sejam atribuídas em conformidade com o sentido que essa cláusula assume no cenário jurídico brasileiro hodierno. Assim, a respeito de sua infração, são diversas as implicações jurídicas cogitadas pela doutrina e aplicadas pela jurisprudência, ora falando de nulidade, ora de ineficácia, ora do dever de indenização²⁰⁰.

¹⁹⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil*. p. 132.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. p. 326 – 327. Neste ponto – explica a referida autora –, a cláusula geral distingue-se do conceito jurídico indeterminado, pois neste a liberdade do aplicar exaure-se na fixação da premissa, mas não da conseqüência, que é apontada pela lei (*Idem, ibidem*).

²⁰⁰ Nesse sentido, a lição de NERY: “como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto (CC

Observando-se que a simples referência à previsão do artigo 421 não basta para a compreensão acerca das consequências da infração à função social dos contratos, uma das propostas doutrinárias decorre de uma leitura combinada entre esse dispositivo e o artigo 2.035 do Código Civil brasileiro, principalmente de seu parágrafo único, o qual prevê que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

O mencionado dispositivo legal, contudo, utiliza o termo “prevalecerá”, sem deixar claro se a consequência estará localizada no plano da validade ou da eficácia. A doutrina, por sua vez, diverge quanto a esse ponto. Para alguns autores, as consequências decorrentes da inobservância da função social do contrato poderão ser localizadas tanto em um, quanto em outro plano, variando conforme as circunstâncias da situação concreta²⁰¹. Outros entendem que o resultado da violação da função social do contrato ensejaria ineficácia²⁰², divergindo da doutrina que entende que a consequência seria a nulidade²⁰³.

Embora não diga respeito imediatamente ao objeto deste trabalho, vale lembrar, a respeito do tema, que a doutrina brasileira, em geral, entende que a verificação da possibilidade da plena realização do negócio jurídico requer seja ele analisado sucessivamente em três planos: da existência, da validade e da eficácia. Nessa linha, a existência – aceita por parte da doutrina e criticada por outra parcela²⁰⁴ – está relacionada à presença de um suporte fático mínimo, suficiente para que o negócio jurídico seja conhecido pelo ordenamento jurídico²⁰⁵. Sendo esta a base da qual dependem os demais elementos, se um negócio é considerado inexistente, nem há que se discutir se é nulo ou ineficaz, tratando-se de um “não-ser” perante o Direito. Se existente, passa-se ao plano da validade, dado que o negócio jurídico pode trazer consigo algum vício que o torne nulo ou anulável. “A nulidade ou anulabilidade se prendem à deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico”²⁰⁶. Por fim, é no plano da

116 VI), porque a norma do art. 421 é de ordem pública (CC 2.035 par. un); convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da função social do contrato” (NERY Junior, Nelson e NERY, Roda Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. p. 336).

²⁰¹ TARTUCE, Flávio. *Função Social dos contratos*. p. 296.

²⁰² SALOMÃO Filho, Calixto. *Função social do contrato*. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 823. São Paulo: RT, 2004. p. 23.

²⁰³ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 238.

²⁰⁴ Parte da doutrina não aceita o plano da existência, sob o argumento de que seria uma categoria inútil já que não haveria diferenças entre a nulidade absoluta e a inexistência. Nesse sentido, por exemplo, os entendimentos de AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 513 e de GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. p. 470 – 471.

²⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 5. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 75

²⁰⁶ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. p. 77.

eficácia que há a produção dos efeitos jurídicos pretendidos e correspondentes à espécie do ato jurídico praticado²⁰⁷. Não produzindo os efeitos pretendidos, pode ser ineficaz quanto às partes ou com relação a terceiros²⁰⁸.

Parece, portanto, efetivamente, que um contrato realizado sem a observância de sua função social sofrerá consequências localizadas nos planos da validade ou eficácia, pois, a despeito desse defeito, não parece que possa ser considerado inexistente. Nesse sentido, considera NALIN, acertadamente, que

o contrato que não cumpre a sua função social, em um primeiro momento, como negócio jurídico já foi reconhecido por meio da valoração social, gera efeitos jurídicos (atributivos, circulatorios e existenciais), de modo a ter suplantado o estrato da inexistência. Todavia, os efeitos que proporciona acabam, sendo nocivos aos operadores contratuais, ou, ao menos, a uma das partes contratantes, ou, ainda, à coletividade, esquadrinhando-se no campo da invalidade jurídica (nulidade ou anulabilidade)²⁰⁹.

A respeito das invalidades, tem-se uma graduação das intensidades sancionatórias, sendo a nulidade mais grave e a anulabilidade, menos. Nessa linha, GOMES explica que “o contrato anulável, ao contrário do nulo, subsiste enquanto não decretada sua invalidade por sentença judicial proferida na ação proposta pela parte a quem protege. O contrato nulo não produz qualquer efeito”. Acrescenta o referido autor que “a nulidade é sanção que se comina a quem viola preceito de ordem pública ou simplesmente coativo, mas neste último caso, quando tutela interesse de ordem geral”²¹⁰. Vale ressaltar, nesse contexto, que o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil considerou, textualmente, a função social dos contratos preceito de ordem pública, contra a qual não prevalecerá qualquer convenção. Conectando-se essa disposição à doutrina de GOMES, supracitada, tem-se que a contrariedade à ordem pública conduz à nulidade, sendo esta a sanção aplicável aos contratos celebrados sem observância da sua função social.

A grande questão que emerge para a aplicação da nulidade ao contrato sem função social, entretanto, é a ausência de previsão expressa no Código Civil, o que esbarra no dogma ainda amplamente aceito, de que “não há nulidade sem lei expressa que a preveja”²¹¹. De fato, não há qualquer previsão expressa nesse sentido no atual diploma civil brasileiro. Contudo, a

²⁰⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negocio Jurídico*. p. 49.

²⁰⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negocio Jurídico*. p. 52 – 53. Exemplo, no primeiro caso, seria o negócio sob condição suspensiva; no segundo caso, um contrato que pode ser eficaz entre as partes, mas não oponível a terceiros.

²⁰⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato*. p. 236.

²¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 193.

²¹¹ Essa idéia é herança do Código Civil francês, para o qual vigia a máxima *pas de nulitès sans texte*.

partir do disposto no seu artigo 166, inciso VII, o Código Civil pátrio abriu a possibilidade de utilização da nulidade virtual²¹²:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção legal.

Aceita a nulidade virtual como uma hipótese pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro, segue-se a doutrina que entende que, quanto ao fundamento para a nulidade, a questão se resolve seguindo a técnica da nulidade virtual, de modo que, considerando-se a gravidade e a extensão da lesão, é possível declarar a nulidade do contrato²¹³ ou de alguma de suas cláusulas. No mesmo sentido, LEONARDO aponta que, ao lado de outras soluções que possam se mostrar adequadas à vista do caso concreto, um dos caminhos possíveis é, considerando o contrato controlável no plano da validade, decretar a nulidade das cláusulas que afrontem a função social do contrato:

chama-se a atenção para adoção, pelo Código Civil de 2002, da chamada nulidade virtual. Na medida em que o art. 421 do Código Civil é norma jurídica cogente que não define uma específica sanção para sua transgressão, pode-se dizer que uma das sanções possíveis é a nulidade, nos termos do art. 166, inc. VII.²¹⁴

Mesmo usando como fundamento a nulidade virtual, cumpre observar que a nulidade pode ser total ou parcial, atingindo todo o contrato ou parte dele. Tal gradação deverá ser feita sempre em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, pois pode ser que a anulação de uma só cláusula seja suficiente para a eliminação da afronta à função social do contrato, sendo, nesses casos, recomendável a conservação do negócio com eliminação da parte eivada de vícios²¹⁵.

Vale mencionar, contudo, que há autores que entendem que embora o não cumprimento da função social do contrato possa ter consequências no plano da validade, essas deveriam ser situações excepcionais, utilizando-se a nulidade “apenas às hipóteses nas quais a

²¹² Segundo AMARAL, “a nulidade diz-se textual se vem declarada na lei, e virtual ou tácita, se, não sendo expressa, é dedutível das normas ou dos princípios do sistema jurídico. (...) Aos negócios jurídicos, que são instrumentos da autonomia privada e que, por isso mesmo, pertencem ao âmbito das relações jurídicas econômicas ou patrimoniais, aplicam-se as nulidades virtuais, enquanto aos atos jurídicos em sentido estrito, como os de família, excluídos em geral do campo da autonomia privada, as nulidades textuais” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 517).

²¹³ NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro*. p. 58.

²¹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Função social dos contratos*. p. 152.

²¹⁵ A nulidade parcial é possível, segundo AMARAL, porque não prejudica a parte válida do negócio, pela regra da incomunicabilidade que se baseia na conservação do ato (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 516 - 517).

contrariedade com a função social seja tão radical que chegue a afetar a noção de ordem pública”²¹⁶. Assim, valorizando o princípio da conservação dos contratos, entende SILVA que a função social do contrato deve atuar mais amplamente no plano da eficácia, controlando os efeitos dos atos²¹⁷.

Efetivamente, o princípio da conservação pode ser entendido como um princípio que domina a matéria de invalidade e ineficácia, impondo que, na aplicação das normas jurídicas, se procure “conservar, em qualquer dos três planos – existência, validade e eficácia – o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente”²¹⁸.

Entretanto, entende-se que esse princípio pode ser empregado tanto no que concerne às soluções apresentadas no plano da validade, quanto da eficácia²¹⁹. Assim é que, faltando um elemento, abre-se a possibilidade conversão do negócio realizado pelas partes em outro, aproveitando-se os elementos presentes e realizando uma conversão substancial²²⁰. No plano da validade, a própria distinção entre atos nulos e anuláveis expressa o princípio, ao possibilitar a confirmação dos segundos²²¹. Seguindo a mesma linha, a nulidade parcial admite que o negócio persista sem a cláusula defeituosa, desde que separável²²². Também a nulidade de forma pode abrir espaço à conversão formal²²³, adotando-se uma forma menos rigorosa do que a eleita pelas partes para a validade do negócio. No plano da eficácia, por sua

²¹⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil*. p. 113.

²¹⁷ Nesse sentido, explica o autor que “nem todo ataque à função social pode ser entendido como ataque à ordem pública, tendo em vista que, dotada de conteúdo axiológico, a função social pode ser tanto atingida, quanto concretizada, em graus, de modo que se pode perfeitamente supor a existência de um desrespeito à função social que não atinja a profundidade exigida pela noção de ordem pública” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil*. p. 113). Continua o autor dizendo que “disso não segue que a função social se ocupe dos fins subjetivos dos atos, tendo em conta que sua preocupação fundamental são as consequências sociais dos atos jurídicos. (...) No campo do controle dos efeitos, não resta dúvidas que a função social atua em seu espaço mais próprio. (...) Considerando que a fluidez do tráfico é fator de especial interesse social, a função social também reforça o princípio contratual da conservação, segundo o qual se deve envidar todos os esforços no sentido de manter a relação, prevalecendo, portanto, entre a revisão e a decretação da invalidade, a revisão” (*Idem*, p. 114).

²¹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico*. p. 37.

²¹⁹ A limitação está no plano da existência, no qual é “indispensável que se encontrem, no negócio, os elementos gerais, para considerá-lo existente; essa regra não sofre exceção” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico*. p. 67).

²²⁰ A conversão é o processo pelo qual um negócio jurídico nulo ou anulável pode produzir efeitos de um negócio diverso. Diz-se substancial quando há alteração do tipo de negócio. Na explicação de AMARAL, “a conversão é, assim, a transformação do ato que não reúne os elementos necessários para o fim a que se destina, em outro para o qual seja suficiente, desde que tenha os requisitos de substância e de forma previstos para este ato, e seja querida pelas partes, cientes da invalidade do primeiro” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 533).

²²¹ “Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro” (CCB/02).

²²² “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal” (CCB/02).

²²³ A conversão formal ocorre quanto “o ato convertido apresenta forma diversa do ato originário, embora mantendo a mesma substância” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 534).

vez, sempre existe a possibilidade de interpretar o negócio de modo a conservar alguns dos efeitos pretendidos pelas partes²²⁴.

A rigor, a doutrina aponta – muitas vezes com base em exemplos colhidos da jurisprudência – a conexão da função social com diversos outros dispositivos do Código. Assim, com base no artigo 170 do Código Civil²²⁵ e no princípio da conservação do contrato, propõe-se que, em observância à função social dos contratos, presentes os requisitos, deve-se promover a conversão do negócio²²⁶. Desta forma, ao invés de retirá-lo do cenário jurídico, valoriza-se a produção dos efeitos almejados pelas partes com o contrato, o que está de acordo com a sua função social e econômica. Atende-se, nessa senda, principalmente o aspecto interno da função social, ao promover um ambiente de valorização da confiança e cooperação entre as partes contratantes.

Na mesma linha, com base na função social do contrato, parte da doutrina recomenda que se avalie os efeitos do inadimplemento. Nesse sentido, indica-se, em certos casos, a oportunização da “purgação da mora como uma espécie de ‘direito do devedor’ quando se verificar que a prestação não se tornou – em razão do inadimplemento relativo – inútil ao credor”²²⁷. Procura-se, desse modo, salvar os efeitos almejados pelas partes com o contrato, os quais podem ser benéficos tanto para os contratantes como para a sociedade²²⁸. Na mesma seara, fala-se no reequilíbrio contratual e na redução equitativa da cláusula penal, em uma leitura conjunta dos artigos 421 e 413²²⁹, impondo-se a redução equitativa da cláusula penal *ex officio* em todos os casos nos quais não sejam observadas as limitações estabelecidas pela lei²³⁰. Com fundamento na idéia de que o aspecto interno da função social do contrato dita a preservação do equilíbrio contratual, reforça-se o entendimento de que a

²²⁴ Por exemplo, no caso da evicção parcial é possível optar pela restituição do preço ao invés da rescisão do contrato, nos termos do artigo 455 do Código Civil.

²²⁵ “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

²²⁶ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. p. 290 – 295.

²²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Diretrizes interpretativas da função social do contrato*. p. 38.

²²⁸ GODOY considera, a esse respeito, que mesmo que o adimplemento substancial esteja relacionado com a boa-fé objetiva, o direito à purgação da mora aparece conectado à função social, na medida em que se assenta na concepção de solidarismo (GODOY, Claudio Luis Bueno de. *Função social do contrato*. p. 169 – 170).

²²⁹ “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

²³⁰ TARTUCE, nessa linha, entende que o artigo 413 do Código Civil é norma de ordem pública, de modo que a sua inobservância pode ser decretada de ofício (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. p. 384 - 398).

cláusula penal não pode ser instrumento de enriquecimento do credor, o qual poderá exigí-la na hipótese de inadimplemento²³¹.

No mesmo sentido, pode-se mencionar a revisão e a renegociação do contrato. Em consonância com a idéia de que a função social do contrato propõe, no seu aspecto interno, a proteção equilibrada dos interesses das partes e, externamente, a consideração da relevância social dos contratos, abre-se a possibilidade de revisão do pacto em situações de desequilíbrio ou de renegociação em casos de relevância social do contrato, procurando favorecer, ao mesmo tempo, a produção dos interesses privados almejados pelas partes com a contratação e dos interesses sociais existentes²³². Certamente que, nesse sentido, a desconformidade do contrato com sua função social pode ser corrigida administrativamente, apresentando-se um aditivo ao contrato já celebrado, ou quando essa via se revelar infrutífera, judicialmente, pela via da revisão judicial²³³. Também LEONARDO comunga desse entendimento, asseverando que

desde logo, a revisão contratual aparece como uma das possíveis aplicações da função social do contrato. O art. 421 representa um fundamento normativo para o já assentado entendimento de que o princípio da intangibilidade dos contratos cede frente ao poder de revisão e integração das cláusulas contratuais abusivas²³⁴.

Relevante, ainda, nesse contexto, a menção à doutrina que, a partir do disposto no artigo 187 do Código Civil, conecta a questão do abuso de direito à função social. Estabelece o referido artigo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Com fundamento nessa regra, é possível afirmar que o descumprimento manifesto da função social do contrato caracteriza abuso de direito. Nesse sentido, entende TARTUCE que, “do ponto de vista prático, se no exercício da autonomia privada, uma parte contratual desrespeitar a finalidade ou utilidade social do negócio jurídico, estará configurado abuso de direito contratual, o que pode ser motivo de nulidade do contrato”²³⁵. Importante, aqui, entretanto, a observação de ASCENSÃO, no sentido de que, nos termos do artigo 187 do Código Civil, é somente quanto a violação “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social” que estaria

²³¹ Para VILLAÇA AZEVEDO, no que concerne ao artigo 413 do Código Civil, “há nesse dispositivo legal, e de ordem pública, a preocupação do legislador em preservar a própria natureza do instituto estudado, colocando-o em posição acessória dependente, pois, da obrigação principal, de valor nunca superior a ela” (VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. p. 87).

²³² MIRAGEM, Bruno. *Diretrizes interpretativas da função social do contrato*. p. 42.

²³³ NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. p. 379.

²³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos*. p. 151.

²³⁵ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. p. 295.

caracterizado o abuso de direito²³⁶. De fato, essa é a orientação que se extrai do mencionado artigo, embora ainda seja possível argumentar que o caráter manifesto não é essencial para que haja descumprimento da função social do contrato – apenas para que tal inobservância configure abuso de direito – de modo que se pode defender, ainda, que mesmo em outros casos há possibilidade de consideração da inobservância da função social, com a atribuição de consequências, ainda que fora do enquadramento na categoria do abuso de direito.

Tratando-se, outrossim, da relação entre boa-fé e abuso de direito, é importante observar que a tendência doutrinária brasileira – até em razão da disposição literal do artigo 187 do Código Civil – é considerar o ato abusivo um ato ilícito²³⁷, de modo que faria surgir o dever de indenizar com base no disposto no artigo 927 do Código Civil²³⁸. Nesse sentido, explica LEONARDO que “mediante um simples raciocínio silogístico, pode-se dizer que aquele que viola a função social do contrato comete um ato ilícito (contrário ao direito) e, na medida que desse ato resulta um dano, submete-se ao dever de indenizar conforme previsto pelo art. 927, *caput*”²³⁹. A desconformidade à função social, todavia, não apenas pode conduzir ao dever de indenizar, como também a outras consequências. Segundo ASCENSÃO,

as consequências do exercício abusivo podem ser muito variadas, não consistindo apenas na responsabilidade civil que estaria ligada à afirmação da ilicitude. Pode fundar tão-só a pretensão de cessação da conduta, a reconstituição natural e outras consequências ainda, nelas incluída a responsabilidade civil, se acrescerem os elementos normais do dolo ou negligência²⁴⁰.

Certamente, pois, que à luz do atual diploma civil brasileiro, independentemente da presença da culpa, o ato contrário à função social do contrato surte consequências²⁴¹. Isso porque “o ato é de todo modo irregular. E da irregularidade ou desconformidade do ato com a

²³⁶ Nas palavras do autor: “o exercício em causa deve exceder *manifestamente* os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social. É bom que assim aconteça. Seria muito inconveniente, e mesmo socialmente insuportável, que todo o exercício jurídico pudesse ser objeto de um controle social exaustivo, para verificar se haveria nele abuso ou não. Criaria uma litigiosidade sem fim, ainda que o recurso a juízo fosse deixado na disponibilidade dos interessados. Só os casos de exercício *manifestamente* excessivo, por abusivo, poderão ser atingidos” (ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do Direito (Palestra de encerramento). In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2005, p. 31-51. p. 36. Grifado no original).

²³⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 210.

²³⁸ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²³⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos*. p. 151.

²⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do Direito*. p. 41.

²⁴¹ Entende-se, a esse respeito, que o artigo 186 do Código Civil dispõe sobre situações que envolvem culpa, enquanto o artigo 187 abrange hipóteses de ilicitude objetiva, prescindindo do elemento culpa para sua configuração.

ordem jurídica podem derivar múltiplas consequências”²⁴². Do mesmo modo, não é necessária a existência de dano efetivo para justificar a atribuição de sanção ao ato lesivo à função social, podendo a tutela ocorrer em caráter preventivo. Ainda, a violação da função social do contrato pode se dar por uma das partes ou por terceiro, sendo que, em ambos os casos, há possibilidade de surgir o dever de indenizar²⁴³.

Observa-se, pois, que são múltiplas as possibilidades que se apresentam tanto acerca do conteúdo, quanto das consequências advindas do descumprimento da função social do contrato. Destarte, as consequências atribuídas à inobservância da função social do contrato dependerão da qualidade dos interesses em jogo, devendo ser considerados os interesses das partes e da coletividade que possam existir sobre o contrato para definir as decorrências da infração, sem perder de vista a diretriz da desejável conservação do negócio jurídico, sempre que possível²⁴⁴.

²⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do Direito. p. 45. Nesse sentido, a propósito, tem-se o já mencionado parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

²⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos*. p. 152. Também nesse sentido MIRAGEM, Bruno. *Diretrizes interpretativas da função social do contrato*. p. 37.

²⁴⁴ Importante lembrar, por fim, que, segundo o artigo 2.035 do Código Civil, tanto os contratos celebrados antes como após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 devem respeitar a função social dos contratos, podendo-se dizer que somente se oferece tutela aos contratos que cumpram sua função social. A consequência, contudo, será diversa: para o contrato posterior à nova lei, a inobservância da função social do contrato está no plano da invalidade; para os contratos pretéritos que produzirão efeitos após a vigência do atual Código Civil, a consequência será a ineficácia (FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. p. 23). Acrescenta o autor que “somente as condições de validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do novo Código obedecem ao disposto nas leis anteriores, conforme expressamente determina a regra de direito intertemporal do *caput* do art. 2.035 do CCB. É aplicação do princípio que resguarda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (nos termos da segunda parte do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil). Não obstante, segundo o mesmo preceito (*caput* do art. 2.035), os efeitos produzidos após a vigência do novo Código Civil subordinam-se às normas deste” (FACHIN, Luiz Edson, na justificativa da proposta do Enunciado referente ao artigo 1.639 do Código Civil na III Jornada de Direito Civil).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento do relativismo histórico dos institutos jurídicos, consoante descrito ao longo do trabalho, é fundamental para a compreensão das mutações experimentadas pelo contrato. Supera-se, assim, o modelo contratual clássico, de matriz liberal, assentado na autonomia da vontade, na obrigatoriedade e na relatividade do contrato, de modo que, atualmente, ao lado da tríplice base principiológica moderna, inserem-se preocupações sobre os fins sociais dos contratos, a proteção das partes, o meio ambiente, a justiça social e a solidariedade, em uma orientação articulada pela Constituição da República. Com efeito, é a Carta de 1988 que, no cenário jurídico brasileiro, apresenta-se como fonte axiológica unificadora do conjunto normativo. E o contrato não queda imune, devendo, também, adequar-se aos ditames constitucionais.

Interessante observar, nessa linha, que o contrato clássico, forjado na cultura individualista e no contexto do Estado Liberal, exerceu grande influência cultural, chegando ao século XX. Com efeito, a maior prova da grande força desse modelo é a relevância que se costuma atribuir à sua superação¹. Esse padrão contratual, amparado por um modelo próprio de se conceber o Direito², começou a mostrar sinais de debilidade em virtude de um complexo conjunto de mudanças sociais ocorridas, principalmente, após a Primeira Guerra. Assim, com o advento do Estado Social e o crescente intervencionismo estatal nas relações interprivadas, o modelo jurídico oitocentista não mais respondia às demandas sociais, inserindo-se preocupações de cunho social esboçadas nas Constituições, as quais passaram a ser repositório dos valores em torno dos quais o ordenamento jurídico orbita.

Certamente que a teoria tradicional do contrato também precisou ser repensada, e ao lado dos clássicos princípios da autonomia privada, da intangibilidade dos pactos e da relatividade dos efeitos dos contratos, introduziram-se princípios novos, representados pela boa-fé objetiva e pela função social, os quais contribuem para caracterizar a concepção atual de contrato. A compreensão desses princípios, tendo em vista sua inserção no Código Civil de 2002 na forma de cláusulas gerais, tem suscitado, após a vigência deste, manifestações doutrinárias diversas, sendo que, se no tocante à boa-fé observa-se uma maior homogeneidade

¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 508.

² A grande obra moderna, no âmbito do Direito, foi dirigida à simplificação e sistematização deste, o que foi refletido na sua positivação no modelo de codificação fechada e pretensamente completa, imposta pela autoridade estatal e destinada a receber aplicação meramente subsuntiva.

doutrinária no que concerne aos seus âmbitos de incidência, com relação à função social dos contratos as propostas nem sempre são convergentes.

Nessa linha, a boa-fé, valorizada sobretudo no seu viés objetivo, insere elementos éticos no contrato, impondo a adoção de um padrão de conduta correta, honesta e diligente das partes contratantes, com vistas ao adimplemento do contrato e à satisfação dos interesses gerais nele envolvidos. Salientando o direcionamento dos contratantes para a manutenção de condutas escorreitas, orientadas pela lealdade e pela cooperação, a boa-fé aparece como norma cogente ligada à idéia de solidariedade, sendo possível localizar sua fonte constitucional justamente na cláusula de solidariedade inscrita no artigo 3º, inciso I, da Carta. Apresenta-se a boa-fé, portanto, como um parâmetro orientador da conduta dos contraentes incidente sobre todas as fases das relações jurídicas contratuais, cuja aferição se dá à luz da sua inserção sistêmica no ordenamento jurídico e das características presentes no caso concreto.

Avultando a concepção complexa da relação obrigacional, a partir do reconhecimento da incidência da boa-fé sobre todos os contratos, tem-se que não apenas os deveres principais ou secundários de prestação, ajustados ou emergentes da manifestação de vontade das partes, obrigam os contratantes; em decorrência da boa-fé, as partes devem guardar, assim na conclusão, como na execução do contrato, ou, ainda, posteriormente, os deveres laterais ou acessórios, fundados, preponderantemente, no dever de agir em conformidade com a boa-fé objetiva. Ressalta-se, nesse contexto, a complexidade da relação obrigacional tomada em uma perspectiva globalizante e seu desenvolvimento voltado à consecução dos fins almejados pelas partes. Não se trata, por conseguinte, de afetar apenas a posição do credor ou do devedor, favorecendo alguma das partes, pois a relação obrigacional é uma relação de cooperação, na qual os interesses gerais somente serão satisfeitos com mútua colaboração entre os sujeitos envolvidos.

Considerando o desenho contemporâneo da boa-fé, a doutrina tende a assinalar três principais sentidos para sua operacionalização nos casos concretos. Assim, é apontada, amplamente, como fundamento para a formulação de critérios de interpretação e de integração dos contratos, incidindo, pois, sobre o seu próprio conteúdo. Também este é afetado a partir da possibilidade de criação de deveres laterais de conduta com base na boa-fé, os quais não dizem respeito às específicas prestações primárias devidas entre as partes, mas ao exato processamento da relação obrigacional e à satisfação dos interesses globais envolvidos, contribuindo para que a finalidade do contrato seja alcançada. Alarga-se, com isso, a noção de inadimplemento, pois, considerando que o inadimplemento contratual engloba todos os interesses envolvidos na obrigação, tem-se que o desatendimento a algum dos deveres laterais conduz à violação positiva

do contrato. Ainda, a boa-fé atua na limitação do exercício de direitos subjetivos, inadmitindo condutas que contrariem os mandamentos de atuação correta e leal, de modo a resguardar o fim contratual e os direitos das partes envolvidas na relação. Veda-se, principalmente, nessa linha, o exercício abusivo de direitos ou de posições contratuais, promovendo-se, ao desautorizar o exercício desarrazoado de direitos, o equilíbrio contratual³. Ressalta, nesse contexto, por conseguinte, a continuidade e a interpenetração das funções da boa-fé, as quais aparecem orientadas em um mesmo sentido: “o de que a relação contratual constitui uma relação de cooperação, a qual obriga ambas as partes a colaborar entre si, de modo a permitir a completa realização do programa econômico por elas estabelecido”⁴.

Observa-se, por conseguinte, que a boa-fé possui como âmbito privilegiado de incidência o vínculo existente entre as partes contratantes, uma em relação à outra, ou seja, as posições relacionais adotadas pelas partes envolvidas no pacto⁵. Deste modo, atua, primordialmente, no âmbito interno do contrato, auxiliando na determinação do conteúdo contratual e no direcionamento da conduta das partes, com vistas à manutenção da lisura do ambiente contratual e à preservação da confiança que deve existir entre os contraentes, o que, certamente, refletindo no meio ambiente, é essencial para a promoção de um mercado saudável e para o fomento das relações contratuais, ao mesmo tempo em que os interesses das partes são salvaguardados.

A função social do contrato, a seu turno, está relacionada à consideração da inserção do contrato na sociedade e aos reflexos daí decorrentes. Ao lado de preocupações concernentes à função econômica do contrato, apresentam-se, hodiernamente, questionamentos relacionados à sua função social. Assim, na esteira da funcionalização de institutos classicamente privados como propriedade e empresa – e do próprio Direito – ao atendimento de fins sociais, reconhece-se a função social dos contratos, entendendo-se que às vontades individuais manifestadas no acordo deve-se agregar um fim social, na medida em que o contrato não pode ser pactuado ou desenvolvido em contradição com o interesse social ou desconsiderando os efeitos que pode

³ Certamente que, sendo uma cláusula geral, não se pode pretender, com essa sistematização, exaurir as potencialidades da boa-fé. Sua concreção é sempre contextual, dependendo das circunstâncias do caso concreto e de sua análise à luz do sistema jurídico para a identificação de qual é o sentido que assume a boa-fé em cada contexto, bem como para a delimitação da sua gradação e amplitude. Contudo, ainda assim, a explicitação é salutar na medida em que oferece parâmetros que auxiliam na sua aplicação, indicando o sentido que a cláusula assume no Direito brasileiro e evitando que seja desconsiderada sumariamente sob o argumento da ausência de explicitação do seu conteúdo.

⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. p. 509.

⁵ No mesmo sentido, afirma SOUZA RIBEIRO que “a ordem de condutas por ela [boa-fé] prescrita tem a ver com as posições assumidas, um em face do outro, pelos sujeitos em relação, só por esse entrelace se desvendando, em termos operativos, o sentido vinculativo do princípio” (SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. *O controle do Conteúdo dos Contratos*. p. 07).

causar, bem como os influxos que recebe do meio em que se insere. No Brasil, é possível afirmar que o estudo da função social dos institutos jurídicos foi impulsionado com o advento da Constituição da República de 1988 e a valorização da solidariedade, da dignidade humana e da justiça social. Nessa esteira, considerando-se a instrumentalização oferecida pelo contrato à concretização da livre iniciativa e à necessidade de promoção da justiça e da solidariedade social, entende-se que a função social dos contratos possui fonte constitucional, identificada nos artigos 170, *caput* e 3º, inciso I, da Constituição. Não obstante, o Código Civil, em seu artigo 421, trata, expressamente, da função social dos contratos, estabelecendo que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”, condicionando, assim, a livre iniciativa aos ditames da justiça social, de modo a apresentar, no nível normativo ordinário, o contrato constitucionalizado.

Considerando-se, pois, que o Código Civil apresenta a função social como razão e limite da liberdade contratual, tem-se que aquela não se esgota em um sentido negativo de imposição de limites ou de exigência de abstenções por parte dos contratantes; concomitantemente, possui um sentido positivo, segundo o qual se impõe, com a realização do contrato, a busca de determinados objetivos ou fins assumidos pela ordem jurídica vigente. Com efeito, apresentada na forma de uma cláusula geral, a função social do contrato tem seu sentido e alcance determinados a partir de uma leitura sistêmica, atentando para as demais disposições do ordenamento jurídico vigente e, especialmente, os ditames constitucionais, ao lado da avaliação de cada caso concreto apresentado.

Embora inexista na doutrina brasileira um consenso acerca da concepção de função social dos contratos, visualizando que incidem sobre o contrato interesses tanto de ordem coletiva quanto individual, percebe-se a tendência em bipartir a incidência da função social em dois âmbitos contratuais, um interno e outro externo. Nessa linha, destina-se a função social dos contratos a que estes se estabeleçam em uma ordem social harmônica, visando inibir qualquer prejuízo à coletividade e, concomitantemente, no plano interno, informar as relações entre os contratantes, visando a manutenção do equilíbrio e a não frustração dos interesses das partes.

Destarte, no aspecto externo da função social dos contratos, avulta a idéia de que o contrato não deve ser visto como uma relação que interessa apenas às partes contratantes, pois ao mesmo tempo em que é influenciado pelas condicionantes sociais do meio, possui efeitos que refletem na sociedade. Reconhece-se, pois, que o contrato, para além do atendimento aos interesses das partes contratantes, pode surtir efeitos que importem para a toda sociedade, ou a um grupo de pessoas, determinadas ou não, ou, ainda, a outros contratos – e respectivas partes – com os quais esteja finalisticamente relacionado. Revela-se, pois, em um duplo sentido,

abordando tanto os benefícios e prejuízos que um contrato possa acarretar para terceiros, como os que estes possam carrear ao contrato.

A principal consequência do aspecto externo da função social dos contratos diz respeito à releitura do clássico princípio da relatividade dos efeitos dos pactos, harmonizando-o com as notas sociais que informam o contrato hodierno, com vistas a estabelecer que a liberdade contratual não seja exercida de forma a violar os interesses de terceiros, do mesmo modo que estes não possam usar o pretexto da relatividade das obrigações para desrespeitar os direitos das partes legitimamente decorrentes dos contratos. Considerando-se, assim, que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que concerne apenas às partes contratantes, na medida em que tem a sociedade como o espaço no qual se desenvolve e surte efeitos, propõe-se o redesenho do princípio da relatividade dos efeitos contratuais no que concerne aos seus elementos subjetivos e objetivos. Quanto aos primeiros, referentes à qualificação de partes e de terceiros, entende a doutrina que tal caracterização pode decorrer tanto da manifestação de vontade quanto da lei, além do que se mitiga a clássica concepção de que a qualidade de parte e de terceiro é fixada no momento da conclusão do contrato, pois pode ser adquirida, também, em virtude de manifestação de vontade ocorrida durante sua execução.

No tocante aos elementos objetivos do princípio em comento, relacionados à eficácia contratual no que concerne às partes e terceiros, suaviza-se a concepção de que os efeitos do contrato dizem respeito apenas às partes contratantes. Abrandando-se a distinção entre direitos absolutos e relativos, reconhece-se a oponibilidade do contrato, a partir do que se defende que terceiros têm o dever de respeitar as relações contratuais existentes na sociedade, vedando atuações que visem impedir ou dificultar seu cumprimento. Fala-se, assim, na tutela externa do crédito, reconhecendo-se que terceiros, embora não obrigados pelo contrato, não podem agir como se esse não existisse, devendo respeitar os direitos legitimamente estabelecidos pelas partes com o acordo⁶. Ademais, reconhece-se, com a teoria das redes contratuais, a possibilidade da interdependência entre contratos, com a possibilidade de um contrato gerar efeitos sobre a esfera de terceiros determinados. Outrossim, veda-se que os contratantes ajam de forma a atentar contra os interesses de terceiros ou da sociedade em geral, protegendo-se, também, a sociedade e terceiros não determinados dos efeitos indesejáveis que possam emergir do acordo.

Já no seu aspecto interno, a função social do contrato informa as relações existentes entre as partes contratantes com mandamentos de manutenção de condutas escorreitas e do equilíbrio contratual, reconhecendo-se que também da relação interna desenvolvida entre os

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. p. 101.

contratantes podem surtir efeitos sociais. Nessa linha, emergem, deste aspecto da função social, mandamentos de manutenção do equilíbrio contratual e de controle da conduta das partes, com vedação de condutas abusivas e indicação de adoção de comportamentos direcionados ao adequado processamento da relação contratual.

É possível perceber, ao longo do trabalho, que o conteúdo do aspecto externo da função social dos contratos tende a receber maior atenção doutrinária, e, por conseguinte, apresenta maior desenvolvimento⁷. De fato, a partir da doutrina da bipartição da função social do contrato, percebe-se que esta é apresentada como uma cláusula de amplas dimensões, sendo que enquanto o aspecto externo se conecta aos efeitos do contrato na sociedade, o interno aparece diretamente relacionado à conduta das partes. Efetivamente, embora a visualização do elemento social seja mais evidente no tocante ao aspecto externo daquela cláusula, não se pode negar que emergem conseqüências sociais da relação interna, mantida entre os contratantes. Contudo, a partir dos fundamentos expostos ao longo do trabalho e observando-se que o aspecto interno da função social dos contratos relaciona-se ao controle da conduta das partes, pode-se cogitar da existência de uma relação de instrumentalidade entre as cláusulas da boa-fé e da função social do contrato: aquela aparece como instrumento de concretização do aspecto interno desta.

Nesse sentido, observa-se que o conteúdo do aspecto interno da função social dos contratos, como exposto pela doutrina, disciplina as relações entre os contratantes, objetivando que as partes mantenham, no desenrolar da relação contratual, condutas corretas, não abusivas nem desproporcionais. Percebe-se, pois, que o conteúdo desse aspecto interno da função social se identifica com os mandamentos emergentes da cláusula geral da boa-fé, a qual desempenha eficazmente a função de controle da conduta das partes durante o desenvolvimento do contrato. Lateralmente, a função social do contrato possui um aspecto próprio, externo, ligado aos efeitos do contrato na sociedade.

Tem-se, por conseguinte, que a função social do contrato pode ser entendida, no Direito brasileiro, como uma cláusula de amplas dimensões, abarcando um sentido próprio, relacionado ao seu aspecto extrínseco, e que, no seu viés intrínseco, está ligada ao atendimento dos ditames impostos pela boa-fé. É nesse sentido que se entende que a boa-fé é instrumento de realização do aspecto interno da função social dos contratos.

⁷ Há vários autores, ainda, que entendem que a função social do contrato – nos termos apresentados pela doutrina da bipartição da função social – esgota-se no seu aspecto externo, não havendo qualquer manifestação no trato interno entre as partes contratantes. A respeito, remete-se ao item 5.4.2 infra.

Importante observar, por fim, que essas diretrizes contemporâneas não eliminam os tradicionais princípios contratuais, mas aumentam a complexidade da teoria dos contratos ao inserir elementos éticos e funcionais ao lado da mitigação daqueles princípios fundados na autonomia privada⁸. Com efeito, a principiologia tradicional do contrato, como se demonstrou ao longo do trabalho, não foi completamente afastada, mas redesenhada de modo a possibilitar sua convivência com as orientações contemporâneas que incidem sobre os contratos. Assim, boa-fé e função social não são os únicos princípios que devem ser considerados na análise do contrato hodierno; autonomia privada, obrigatoriedade dos pactos e relatividade e oponibilidade dos efeitos dos contratos mantêm-se presentes e não devem ser afastados quando da compreensão do contrato contemporâneo.

O contrato, pois, continua sendo produto da vontade manifestada das partes, sendo obrigatório para os pactuantes e surtindo efeitos internos direcionados a quem declarou sua vontade de ser parte contratual. Nesse contexto, entretanto, inserem-se preocupações de ordem social, relacionadas tanto às conseqüências que o contrato pode gerar na sociedade quanto aos efeitos que terceiros podem ocasionar sobre o contrato, inserindo-se a função social do contrato como forma de considerar, especialmente, os efeitos externos que deste emergem. No âmbito da relação entre as partes, atua, especialmente, a boa-fé, informando os comportamentos das partes contratantes com vistas à promoção de um ambiente contratual sadio.

Certamente que tais preocupações não excluem a possibilidade de lucro nem desnaturam o sistema capitalista; ao contrário, coexistem com essas diretrizes. Conforme sublinhado ao longo do trabalho, ao mesmo tempo em que a Constituição da República de 1988 consagra a adoção do sistema capitalista, considerando a apropriação privada dos bens de produção e os lucros lícitos, funcionaliza a livre iniciativa ao atendimento da justiça social e coloca a solidariedade como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Deste modo, função social e boa-fé não visam eliminar o sistema de mercado vigente; em sentido oposto, inserem necessários elementos de cunho ético que permitem a manutenção e desenvolvimento das relações contratuais travadas no mercado, promovendo um ambiente contratual sadio que atende aos interesses particulares sem descuidar daqueles sociais⁹, ao mesmo tempo em que

⁸ Nesse sentido, AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado*. p. 115-116.

⁹ Nesse sentido, NALIN destaca que “a idéia solidarista inserta nas relações contratuais não pode causar estranheza, pois destinada, mesmo na sua clássica concepção, enquanto momento dinâmico do sistema patrimonialista das relações jurídicas, a proporcionar o alcance e a satisfação dos legítimos interesses sociais” (NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Ética e boa fé no adimplemento contratual*. p. 177).

provocam importante oxigenação do instituto do contrato ao apresentar elementos que buscam concretizar as diretrizes constitucionais de respeito aos interesses existenciais das pessoas e de promoção de um contrato socialmente justo. É nesse sentido que se entende que a boa-fé e a função social do contrato, devidamente conjugados com os demais princípios informadores da teoria contratual hodierna, atuam na promoção de um modelo de contrato adequado aos ditames constitucionais, equilibrado e socialmente justo, explicitando apropriadamente o sentido econômico-social do contrato contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 14. abr.- jun./1995. p. 20 - 27.
- AGUIAR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Revista AJURIS*. n. 45. Ano XVI, mar./1989. p. 07- 20.
- ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. II. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.
- ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARRUDA, Vicente (relator). *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. Disponível em http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do Direito (Palestra de encerramento). In: AGUIAR Junior, Ruy Rosado de (org.). CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. p. 31-51.
- _____. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 28. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2006. p. 77 - 92.
- AUBERT, Jean-Luc. *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n. 2. Ano 92. França: Sirey, abr./jun. de 1993. p. 263 - 278.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Novo Código Civil*. Art.s 481 a 532. Vol. VII. TEIXEIRA, Salvio Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos: curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-fé Objetiva nos Contratos. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 89. Vol. 775. Maio/2000. p. 11-17.
- _____. *O direito civil tende a desaparecer?* In: *Revista dos Tribunais*. n. 272. p. 15 - 21.
- _____. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento do Contrato. In:

Revista dos Tribunais. Vol. 750. Ano 87. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/1998. p. 113 - 120.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva: 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomos I e II. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*. Ed. histórica. Vol. IV. 7. tir. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1958.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Dirigismo Econômico e o Direito Contratual*. *Revista dos Tribunais*. Vol. 526. Ano 68. Ago/1979. p. 20 - 32.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Brasília: Editora Unb, 1995.

_____. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 517.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BONUS PATER FAMILIAS In PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

BRASIL. Projeto de Lei 6960/2000. Ricardo FIUZA. Disponível em http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549. Acesso em 12 de janeiro de 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 187.940. 4. Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ. 21 jun. 1999. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 444.716/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3. Turma, j. em 11.05.2004. <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 10 de fevereiro de 2008.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA Agravo de Instrumento n. 2003.007798-7. Rel. Des. José Mazoni Ferreira, j. em 14/08/2003. www.tj.sc.gov.br Acesso em 12 de dezembro de 2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível nº 591017058, Porto Alegre, 5ª Cam. Cív., Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 25/04/91, unânime. www.tj.sc.gov.br Acesso em 12 de dezembro de 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 341 - 359.

_____. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA Filho, Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108 - 115.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedidna, 1993.

CAPPELINI, Paolo. Il Códice eterno. *La forma codici e suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*. In: CAPPELINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflissione di fine millenio (atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000)*. Milano: Giuffrè, 2002.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXV, n. 63. São Paulo: RT, jul./set. 1986, p. 71-79.

_____. *O Indispensável Direito Econômico*. Revista dos Tribunais. Ano 54. Vol. 353, São Paulo: RT, mar. 1965, p. 14-26.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de Direito Civil*. AGUIAR, Ruy Rosado (org.). Brasília: CJF, 2005. Disponível em <http://www.jf.gov.br/>.

CONTRATO SOCIAL, de autoria de José Luiz Bolzan de Moraes, in BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 163 - 168.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO e SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no Novo Código Civil. In: DELGADO, Mario Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003 p. 169 - 203.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial: introduccion teoria del contrato*. vol. I. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993.

DINIZ, Davi Monteiro. Aliciamento no contrato de prestação de serviços: responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 27, jan./ fev. 2004. p. 82 - 92.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21. ed. Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Vol. I. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006.

DORNELLES, Raquel. A função social dos Contratos e o Novo Código Civil. In: *Revista de Direito*. n. 21. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, jun.jul.2004. p. 27 - 46.

DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. 2. ed. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Las transformaciones de derecho (publico e privado)*. Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

DWORKIN, Ronald. *Talking Rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

FACCHINI Neto, Eugenio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. p.11-60.

FACHIN, Luis Edson. As Reformas no Direito Brasileiro: notas novas sobre um velho debate no Direito Civil. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 87. Vol. 757. Nov./1998, p. 64 - 69.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In: *Revista da AJURIS*. n. 60, 1994. p. 201-211.

_____. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

_____. *A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no Direito Civil*. Revista dos Tribunais. Vol. 757. Ano 87. Nov./1998. p. 64 - 69.

_____. *Das raízes do Direito Civil Contemporâneo*. In: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 01-06.

_____. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: conseqüências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo (org.) *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2000.

FONSECA, Rodrigo Ricardo. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: contratos*. Vol. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2005.

GHESTIN, Jacques. *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n. 4. Ano 93. França: Sirey, out./dez. de 1994. p. 777-800.

GODOY, Cláudio Luis Bueno. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Contratos*. 25. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Imprensa Vitória, 1958.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *O direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397 - 433.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROSSI, Paolo. Code Civil: uma fonte novíssima per la nuova civiltà giuridica. In: *Atti dei convegni Lincei 221 (convegno "Il bicentenario del codice napoleônico", Roma, dicembre 2004)*, Roma, Bardi Editore: 2004.

_____. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomas y Valente e Clara Álvares. Madrid: Parcial Pons, 1996.

_____. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. *De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n.2. Ano 92. França: Sirey, abr./jun. de 1994. p. 275 - 285.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Código y Complejidad*. In: CAPPELINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una Riflessione di fine millennio* (atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000). Milano: Giuffrè, 2002.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A Função Social do Contrato. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e empresarial*. n. 45. Ano 12. Jul./ set. de 1988. p. 141 - 152.

HORA Neto, João. O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil de 2002. In: *Revista de Direito Privado*. n.14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2003. p. 38 - 48.

INDIVIDUALISMO. Autor: BRAGATO, Fernanda. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 468 - 471.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1986.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos: edicion actualizada*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 1998.

JORGE Junior, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Trad. José de Souza Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 569.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função Social do Contrato: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte Jurídica*. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. A súmula n.º 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça. 20 f. Disponível em <http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20071112140750.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2008. p. 07.

_____. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 94. Vol. 832. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2005. p. 100 - 111.

LIMA, Alvino. A Interferência de Terceiros na Violação do Contrato. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 315. Ano 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan./1962. p. 14 - 30.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contrato e Mudança Social*. Revista dos Tribunais. Vol. 722. Ano 84. dez/95. p. 40-45.

_____. Dirigismo Contratual. In: *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*. Ano 14. Vol. 52. São Paulo: RT, abr./jun. de 1990. p. 64-78.

_____. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva: 1986.

_____. A constitucionalização do Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36. n. 141. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, jan./mar. 1999. p. 99-109.

_____. Princípios contratuais. In LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA Jr., Eduardo Messias Gonçalves de (coord.). *A teoria do contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p.09- 23.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Análisis Crítico de la Autonomía Privada Contractual*. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 14. Abr./jun. de 1995. p. 05 - 19.

_____. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Redes contractuales: Conceptualización Jurídica, Relaciones Internas de Colaboración, Efectos Frente a Terceros. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1998, p. 22 - 58.

LOS MOZOS, José Luis de. *El Principio de La Buena Fe: sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Barcelona: Bosh, 1965.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Flávio Alves. *A Boa-fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro: 2003. p. 229 - 279.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 28. n. 112. Brasília: out./dez. de 1991. p. 13-32

_____. *Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. In: MONTEIRO, António Pinto (dir.). *Estudos de Direito do Consumidor: publicação do Centro de Direito do Consumidor*. n. 07. Coimbra, 2005. p. 49 – 109.

_____. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 35. n. 39. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jul./set. 1998. p.05 – 22.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 5. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocencio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2. Reimpressão. Lisboa: Almedina, 2001.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general de contrato*. Tomo II. Trad. R. O. Fontnarossa, S. Sentis Mellendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 56. Ano 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out.-dez./2005. p. 22- 45.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 2ª parte. 26 e 34 ed. Atual. São Paulo: Saraiva: 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial. Ano 17. Vol. 65. São Paulo: RT, jul.-set./1993, p. 21-32.

_____. Constituição e Direito Civil: tendências. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Revista do Departamento de Direito, ago.- dez./1999. p. 95-113. p. 109.

_____. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01-60.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. A Lei de Licitações, o Princípio da Boa-fé Objetiva e o Abuso de Direito. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Abuso de Poder do Estado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 64 - 82.

_____. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 4, n. 16, out.-dez./2006. p. 27 - 42.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. atual. 9. reimp. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

MOURA, Mario Aguiar. *Função Social do Contrato*. In: *Revistas dos Tribunais*. Vol. 630. Ano 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./1988. p. 247-249.

MULHOLLAND, Caitlin. *O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 255 - 280.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A Constituição e a Reinvenção do Território: algumas implicações jurídicas em face da globalização. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 135. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jul./set. 1997.

_____. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 173 – 209.

_____. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional. In: NALIN, Paulo (coord.). *Contrato & Sociedade: Princípios de Direito Contratual*. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2006. p. 13 - 44.

_____. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. Curitiba, 2003. 45 f. Ensaio doutrinário. Centro de Ciências Jurídicas. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

_____. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Privado*. n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2002. p. 50- 60.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. O Princípio da Boa-Fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221 – 253.

_____. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II e III. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

_____. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PERLINGIERI, Pietro. *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*. Relazione introduttiva al Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro su Interpretação do Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. Texto fornecido pelo autor.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *'Depatrimonializzazione' e Diritto Civile. In: PERLINGIERI, Pietro. Scuole tendenze e metodi.* Nápoles: ESI, 1989. p. 173 – 178.

_____. *Norme Costituzionali e Rapporti di Diritto Civile. In: PERLINGIERI, Pietro. Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989. p. 109 - 134.

_____. *Situazioni soggettive esistenziali. In: PERLINGIERI, Pietro. Il Diritto Civile nella legalità costituzionale.* 2. ed. Nápoles: ESI, 1991. p. 317- 405.

_____. *Situazioni soggettive patrimoniali. In: PERLINGIERI, Pietro. Il Diritto Civile nella legalità costituzionale.* 2. ed. Nápoles: ESI, 1991. p. 407 - 472.

PIETROBON, Vittorino. *L'Errore nella Dottrina Del Negozio Giuridico.* Padova: DEDAM, 1963.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso "Zeca Pagodinho". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). *Diálogos sobre Direito Civil, Vol II.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado.* Tomos III e XXXVIII. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

POPP, Carlyle. A formação do negócio jurídico e os deveres laterais no novo código civil. In *Jurisprudência brasileira 200 – Princípio da boa-fé contratual.* Curitiba: Juruá, 2003.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil.* Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Nova Fase do Direito Moderno.* São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O projeto do Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. A Boa-fé como Norma de Validade. In: RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos: estudos.* Coimbra: Coimbra Editora: 2007. p. 207 - 281.

_____. A constitucionalização do Direito Privado. In: *Boletim da Faculdade de Coimbra.* n. 74. Vol. LXXIV (separata). Coimbra, 1998. p. 729 - 755.

_____. *O contrato, hoje: funções e valores.* In: NUNES, António José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151 - 172.

_____. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.* Programa de Pós-Graduação em Direito. n. 42. Curitiba, 2005. p. 05 - 34.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade.* Vol. III. 23. ed e 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SÁ, Almeno de. Relação Bancária, Cláusulas Contratuais e o Novo Código Civil Brasileiro. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXVIII. Coimbra, 2002. p. 285 - 328.

SALOMÃO Filho, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 823. São Paulo: RT, 2004.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. São Paulo: Manole, 2004.

SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

_____. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: exame da função social do contrato. In: *Revista de Direito Privado*. n. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun/2002. p. 09 - 37.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1999. p. 97 - 124.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2000. p. 107 - 163.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Vol. III. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

SILVA, Denis Franco. *O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-162.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2003. p. 99 - 126.

_____. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2003. p. 127-- 150.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes Metáforas da Bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes*

e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 21 - 53.

SMITH, Adam. *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. 11.ed. 2002. *Passim*. Disponível em <http://www.gutenberg.org/etext/3300>. Acesso em 03 de setembro de 2007.

TARTUCE, Flávio. A Função Social dos Contratos, a Boa-fé Objetiva e as Recentes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte Jurídica: biblioteca científica de Direito Civil e Processo Civil*. Vol. III. Juruá Editora: Curitiba, 2006. p. 195 - 206.

_____. *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Os Efeitos da Constituição em Relação à cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In Revista da EMERJ. Vol. 6, n.23. Rio de Janeiro, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 267 – 291.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XV – XXXIII.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Ano 17. n. 65. Jul.-set./1993. p. 21-32.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil – Dos Defeitos do Negócio Jurídico ao final do livro III*. Art.s 138 a 184. Vol. III. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. *A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação*. In: Revista de Informação Legislativa. Vol. 168. Ano 42. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. de 2005. p. 197 – 213.

VARELLA, Antunes. *Direito das Obrigações*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 174 - 211.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 94. Vol 831. Jan./2005. p. 59 - 79.

WIEAKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. De José Luis Carro. 2. ed. Madrid, Espanha: Ed. Civitas S.A., 1982

_____. *História do Direito Privado*. 3. ed. trad. A. M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

